



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL



COMISIÓN DE ESTUDIO **NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL**

TERCERA SUBCOMISIÓN

SUJETOS DEL COMERCIO Y DE LOS NEGOCIOS, LA EMPRESA Y SUS ELEMENTOS, EN PARTICULAR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

ENERO 2017



ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
A. GRUPO DE TRABAJO SOBRE SUJETOS DEL COMERCIO Y DE LOS NEGOCIOS	7
I. INTRODUCCIÓN	8
II. INTEGRANTES DEL GRUPO DE TRABAJO	9
1. Roberto Guerrero Valenzuela.....	9
2. Eduardo Jequier Lehuedé - Vicepresidente.....	9
3. Óscar TorresZaga.....	9
4. Ángela Toso Milos	9
III. ÁMBITO DEL ENCARGO Y PLAN DE EXPOSICIÓN POR MATERIAS	10
IV. RESUMEN EJECUTIVO	11
1. La noción objetiva del Derecho mercantil.....	11
a) La noción objetiva del Derecho comercial y el Código de Comercio chileno.....	11
b) Problemática asociada a la noción objetiva del Derecho comercial.....	14
2. El comerciante como sujeto del Derecho Comercial en la codificación nacional.....	18
a) Concepto de comerciante en el Código de Comercio chileno.....	18
b) Requisitos establecidos por el Código de Comercio para ser comerciante.....	18
i. Capacidad para contratar.	18
ii. Realizar una actividad mercantil de manera profesional.....	19
iii. Habitualidad.	20
iv. Actuar a nombre propio.....	20
c) Clasificación de los comerciantes.....	20



d) Estatuto del comerciante en el Código de Comercio.....	21
i. Obligaciones del comerciante.....	21
ii. Contratación Mercantil.....	21
iii. Prueba y Costumbre Mercantil.....	21
iv. Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.....	22
v. Materias Tributarias.....	22
e) Problemática derivada de la noción de comerciante y su estatuto consagrado en el Código de Comercio	22
3. Los auxiliares del comerciante en el Código de Comercio.....	23
a) Los auxiliares del comercio terrestre en nuestra codificación mercantil.....	23
b) Los Auxiliares en la Navegación y Comercio Marítimo en el Libro III del Código de Comercio	24
c) Problemática asociada a los auxiliares del comerciante en el Código de Comercio chileno.....	24
4. La empresa como sujeto clave de la normativa mercantil.....	25
a) La empresa en el Código de Comercio chileno.....	25
b) Concepción de la empresa moderna como sujeto del Derecho comercial	26
i. La empresa como equivalente de la actividad del empresario	27
ii. Concepción “atomista” de la empresa.....	27
iii. Empresa como fenómeno real o autogenerado.....	28
iv. Noción contractualista de la empresa.....	28
c) El Código de Comercio alemán de 1997 y la ruptura del criterio objetivo del acto de comercio. Asunción de la “empresa” como sujeto de regulación	28
d) Algunas iniciativas y modelos recientes: los proyectos en España, Ecuador y Nicaragua	29
V. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	39



B. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA EMPRESA Y SUS ELEMENTOS, EN PARTICULAR LA PROPIEDAD INTELECTUAL	42
I. INTEGRANTES DEL GRUPO DE TRABAJO	43
1. Carolina Belmar Gamboa.....	43
2. Rodrigo Cooper Cortés - Presidente	43
3. Maximiliano Santa Cruz Scantlebury.....	43
4. Santiago Schuster Vergara	43
II. RESUMEN EJECUTIVO	44
1. Propiedad intelectual y la empresa.....	44
2. Naturaleza de la propiedad intelectual.....	45
3. Derechos de larga data.....	46
4. Multiplicidad de cuerpos normativos.....	47
5. Actualización y cambio permanente.....	48
6. Activos integrales.....	48
7. Derecho Comercial y codificación.....	49
III. CONCLUSIONES	50
IV. ANEXO	51
1. Minuta reunión comité Propiedad Intelectual de 29 de septiembre de 2016.....	51
2. Minuta reunión de 9 de noviembre de 2016.....	53



PRESENTACIÓN

Mediante comunicación de fecha 13 de Julio de 2016 se informa a quien suscribe acerca de la constitución e inicio de funcionamiento de la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial, y su designación como miembro y presidente de la Tercera Subcomisión, encargada del análisis del tema “Sujetos del Comercio y de los Negocios; la Empresa y sus elementos, en particular la Propiedad Industrial”.

Esta Subcomisión fue integrada por los siguientes abogados:

- Sra. Carolina Belmar Gamboa.
- Sr. Rodrigo Cooper Cortés.
- Sr. Roberto Guerrero Valenzuela.
- Sr. Eduardo Jequier Lehuedé.
- Sr. Maximiliano Santa Cruz Scantlebury.
- Sr. Santiago Schuster Vergara.
- Sra. Ángela Toso Milos.
- Sr. Óscar Torres Zagal.

Por diversos motivos que impedían reunir a la mayoría de los miembros de la 3ª Subcomisión, la primera reunión ampliada tuvo lugar recién el día miércoles 7 de Septiembre de 2016, a partir de las 15:00 hrs., en las dependencias del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad de Chile. Concurrieron a la referida reunión inicial todos los miembros de la Subcomisión, con excepción de la Sra. Ángela Toso Milos, quien oportunamente se excusó, por no poder viajar a Santiago en la fecha acordada.

También participaron en la referida sesión inicial los académicos de la Facultad de Derecho de la U de Chile señores Guillermo Caballero Germain y Rodrigo Contreras Cordero, quienes lata y detalladamente se refirieron a la génesis de la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial, su finalidad, estructura, forma de funcionamiento plazos, etcétera.

Luego de la parte introductoria, los miembros de la Subcomisión discuten acerca de su forma de abarcar la tarea encomendada, experiencias, en general, en los temas encomendados, método de trabajo, y llegan a la conclusión unánime de dividir el trabajo de la Tercera Subcomisión, en dos grupos de tarea. El primero, presidido por don Eduardo Jequier, que se abocaría al tema “Sujetos del Comercio y de los Negocios; la Empresa y sus elementos” y, el segundo, dirigido por don Rodrigo Cooper, encargado de la porción denominada “Propiedad Intelectual”.

Esta distribución de tareas obedeció a la conclusión unánime de que la materia encomendada al primer grupo de tarea engloba y abarca una diversidad y multiplicidad de materias, usualmente relacionadas con los capítulos iniciales del estudio de la cátedra de Derecho



Comercial; en tanto que al segundo grupo de trabajo le fue encargada una temática especial, usualmente ajena a la enseñanza del derecho comercial y, en la práctica, no solamente chilena, ejercida principalmente por profesionales muy especializados, no solamente abogados, sino también artistas, en su acepción más amplia posible, ingenieros, químicos, biólogos y otras áreas científicas.

El primer grupo fue integrado, además de su presidente, Prof. Jequier, por Roberto Guerrero, Ángela Toso y Óscar Torres. El segundo grupo fue integrada, además de su presidente, Prof. Cooper, por Carolina Belmar, Maximiliano Santa Cruz y Santiago Schuster.

Cabe hacer presente que, de acuerdo a los documentos de instalación de la 3ª Subcomisión, ésta tenía como finalidad el análisis del tema “Sujetos del Comercio y de los Negocios; la Empresa y sus elementos, en particular la Propiedad Industrial”. No obstante, y desde la primera sesión, constitutiva, ya citada, el presidente planteó el error de circunscribir la discusión a la Propiedad Industrial, pues ella, en la semántica utilizada en los sistemas de derecho continental, como el chileno, se entiende limitada a solamente un área de la denominada Propiedad Intelectual, que es la matriz, que abarca tanto el Derecho de Autor como la Propiedad Industrial.

Luego de una relativamente breve conversación entre todos los miembros asistentes, se adoptó por unanimidad reemplazar la expresión “Propiedad Industrial” por “Propiedad Intelectual”, abarcando así ambas áreas de esta especialidad del Derecho, concluyéndose que la denominación original probablemente se debió a un error.

Cada subgrupo determinó de manera autónoma e independiente su forma de trabajo, llegándose al acuerdo de que cada uno emitiría su informe de manera separada, sin perjuicio de las coordinaciones y labores conjuntas que durante el desempeño de sus labores se estimaren convenientes.

Es así como la Tercera Subcomisión procede a presentar dos informes paralelos, que somete al conocimiento y comentarios de cualquier interesado.

Rodrigo Cooper Cortés
Presidente Tercera Subcomisión



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL



COMISIÓN DE ESTUDIO
NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL

A. GRUPO DE TRABAJO SOBRE SUJETOS DEL COMERCIO Y DE LOS NEGOCIOS



I. INTRODUCCIÓN

El presente documento ha sido elaborado en el marco de la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial, cuya finalidad es “...realizar un acabado estudio de compilación y sistematización para dar forma a un nuevo Código Comercial...”¹.

Este informe se ha desarrollado al interior de la Tercera Subcomisión de trabajo, dedicada al análisis de los “Sujetos del Comercio y de los Negocios; la Empresa y sus elementos, en particular la Propiedad Industrial”. En su oportunidad, se tomó la decisión de dividir esta subcomisión en dos grupos. El primer grupo se ha centrado en la revisión crítica de la normativa comercial vigente relativa a los sujetos del comercio, así como a la noción de empresa y, el segundo grupo, a aquella referida a la propiedad industrial. Este documento forma parte del trabajo llevado adelante por el primer grupo mencionado.

En particular, se trata de definir, en concreto, si el modelo por el que opta el Código de Comercio de 1865, tributario -en lo que aquí concierne- del Código de Comercio Napoleónico de 1807 y, con él, de la noción de “acto de comercio” como criterio objetivador del estatuto jurídico aplicable al comercio, se ajusta hoy en día, en pleno siglo XXI, a los requerimientos del tráfico comercial actual.

En este contexto, se pretende identificar las principales dificultades que presenta la aplicación de este modelo para los intervinientes en el tráfico comercial y así formular propuestas de solución a la problemática identificada por este grupo de trabajo².

¹ Información extraída de <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/123405/se-constituye-comision-de-estudiode-nueva-codificacion-comercial> (fecha última visita: 7.11.2016).

² Al respecto, se debe considerar que, en el marco de la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial ha puesto de relieve que: “El objetivo de cada Subcomisión es realizar un diagnóstico, lo más preciso y documentado posible, de la adecuación de la legislación sectorial vigente a la actividad económica y al resto del ordenamiento patrio, indicando, en su caso, los criterios jurídicos con arreglos a los cuales podrían solucionarse en una futura recodificación los inconvenientes detectados”.



II. INTEGRANTES GRUPO DE TRABAJO SOBRE SUJETOS DEL COMERCIO Y DE LOS NEGOCIOS

1. Roberto Guerrero Valenzuela

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC) y M.C.J. de New York University. Profesor Titular de Derecho Comercial, en la PUC. Fue director del programa de Magister en Derecho de la Empresa, Vicedecano y Decano de la Facultad de Derecho PUC.

2. Eduardo Jequier Lehuédé – Presidente Grupo de Trabajo

Abogado, Universidad de Concepción; Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Director del Departamento de Derecho Comercial y de la Empresa, y Director de Magíster y Extensión, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Chile. Profesor de Derecho Comercial.

3. Óscar Torres Zagal

Abogado, Universidad Central de Chile. Profesor de Derecho Comercial, Universidad Central. Abogado Integrante Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago. Ex Ministro y Presidente Tribunal de Propiedad Industrial. Autor de los libros “Derecho de Sociedades” (Thomson Reuters) y “Los Órganos de la Quiebra” (Cono Sur).

4. Ángela Toso Milos

Abogada, Universidad Diego Portales; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Secretaria Académica, Escuela de Derecho, Sede Coquimbo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte (UCN). Profesora de Derecho Comercial, Facultad de Derecho UCN.



III. ÁMBITO DEL ENCARGO Y PLAN DE EXPOSICIÓN POR MATERIAS

El encargo realizado a esta Subcomisión dice relación con los sujetos del Derecho Comercial. No es posible abordar esta materia sin estudiar el modelo que nuestro legislador ha seguido para determinar el objeto del Derecho mercantil, que viene dado por la denominada “noción objetiva”.

Luego, se ha estimado necesario examinar el concepto de comerciante y su estatuto consagrado en el Código de Comercio (en adelante también denominado C.Com.), así como la regulación referida a quienes lo auxilian en su labor.

Finalmente, se analiza la noción de empresa y se revisan diversas propuestas provenientes del derecho comparado para delimitar la materia mercantil.

En consecuencia, el presente informe está estructurado sobre la base de los siguientes apartados principales:

- La noción objetiva del Derecho mercantil.
- El comerciante como sujeto del Derecho comercial en la codificación nacional.
- Los auxiliares del comerciante en el Código de Comercio.
- La empresa como sujeto clave de la normativa mercantil.



IV. RESUMEN EJECUTIVO

La determinación de lo “comercial”, de cara a la aplicación del estatuto codificado, es y ha sido un factor especialmente complejo. En este contexto, se debe considerar que hay diversos escenarios presentes en el tráfico actual que la noción objetiva del Derecho comercial es incapaz de afrontar. Ello, especialmente, desde la perspectiva de la actividad de la empresa, que constituye el eje central de la actividad comercial actual.

Por su parte, la opción enteramente subjetiva, si bien se encuentra en el origen de la normativa mercantil, presenta el inconveniente de diluir el ámbito de lo comercial, que termina entremezclándose con lo civil en una gran nebulosa, sin límites claros y definidos.

Si se considera la posibilidad de mantener, total o parcialmente, el sistema objetivo, no es recomendable hacerlo sobre la base de un listado taxativo de actos de comercio, como el que actualmente se recoge en el artículo 3° de nuestra codificación mercantil. Esta técnica legislativa no satisface las necesidades del tráfico mercantil actual, provoca inseguridad jurídica y puede resultar inconsistente con otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Teniendo en consideración las ventajas e inconvenientes de ambos modelos, parece razonable pensar en una combinación entre el sistema objetivo y subjetivo. Ello implica trabajar tanto en la elaboración de una noción de acto de comercio como de empresa.

1. La noción objetiva del Derecho mercantil

a) La noción objetiva del Derecho comercial y el Código de Comercio chileno

El Derecho comercial, concebido como categoría histórica, nace como consecuencia de la insuficiencia del Derecho civil para satisfacer las exigencias de la realidad económica en la Baja Edad Media. La historicidad del Derecho mercantil, como ha sido denominada por Garrigues³, ha determinado también su evolución. Si bien esta rama del Derecho surgió “de y para” los comerciantes (noción subjetiva del Derecho comercial), posteriormente, diversos factores, tanto políticos como económicos, dieron lugar a la generalización y objetivación de su contenido. En este contexto, el origen de la noción objetiva del Derecho comercial nace, fundamentalmente, como consecuencia de los ideales filosóficos, político-sociales y político-económicos de la Revolución Francesa, así como del capitalismo industrial y financiero, surgido a partir de fines del siglo XVIII. A través de su establecimiento se quiso

³ GARRIGUES, J. (1955), “La crisis del Derecho mercantil contemporáneo”, Revista de Derecho Mercantil, N°57, pp.91 y ss.



evitar la mantención de un derecho de clase, cuya aplicación estaba reservada originalmente a una categoría profesional, los comerciantes.

Con esta concepción objetiva del Derecho comercial, realizada en su momento por autores postrevolucionarios como Pardessus, Delamare y Le Poitevin, parece iniciarse “...una nueva etapa en la concepción legislativa del Derecho mercantil, porque nuestra disciplina deja de ser un Derecho predominantemente destinado a regular el tráfico profesional ejercido por los comerciantes, para convertirse en el Derecho regulador de determinados actos (<<actos de comercio objetivos>>) que a él se someten, cualquiera sea la condición personal del sujeto que los realiza (...) [E]n definitiva, de un Derecho que se aplica y delimita subjetivamente se ha pasado a otro donde la delimitación y aplicación se realiza objetivamente”⁴. De esta forma, se esperaba que todos los sujetos (no solo los comerciantes) pudieran participar en el tráfico mercantil, a través de la realización de actos de comercio⁵.

Sin embargo, esta impresión que se intentó transmitir en su momento a través de los comentaristas del Code de Commerce de 1807 (en adelante, también denominado “Code”), se alejó bastante de la realidad. Es así como la formulación de un listado de actos de comercio en el Code obedeció más bien a la intención de evitar que los tribunales de comercio de la época fueran vistos como un fuero reservado a un grupo social determinado. De este modo, se decidió delimitar su competencia sobre la base de un criterio objetivo, dada por la realización de actos de comercio, con independencia de que fueran ejecutados por comerciantes o no. Dichos actos aparecían enumerados en el artículo 632 del Code de Commerce original. Sin embargo, ello no significó abandonar la noción de comerciante, presente en el artículo 1º del Code, poniendo de relieve la importancia que reviste esta categoría de sujetos para el Derecho comercial. Según apuntan Broseta y Martínez: “Es, pues por una estricta finalidad procesal (...) por lo que surge en el Código francés el <<acto objetivo de comercio>> que tantos quebraderos de cabeza producirá a la doctrina posterior. Serán los comentaristas quienes se encargarán de sustantivar lo que en el texto original del Código de comercio francés era simple criterio delimitador de competencia de los tribunales (...) Así, no dudarán en <<trasladar>> la norma que delimita el ámbito de competencia jurisdiccional por razón de los actos de comercio, de la parte adjetivo-procesal al centro jurídico-sustantivo del sistema”⁶.

⁴ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2015), Manual de Derecho Mercantil, Vol. I, Tecnos, 22 ed., Madrid, p.48.

⁵ Ello a partir de la lectura del artículo 631.3 del Código de Comercio francés de 1807 que establecía que a los tribunales de comercio les corresponde conocer todos los litigios relativos a actos de comercio, entre “todas las personas”. Luego, se procede a enumerar una serie de actos que se califican como comerciales, aun cuando quienes los realicen no sean comerciantes.

⁶ BROSETA y MARTÍNEZ (2015), p. 49. Así, según se indica acertadamente en BAEZA OVALLE, G. (2008), Tratado de Derecho comercial, Legal Publishing, Santiago, p.179, “...los redactores del Código de Comercio francés no actuaron con una predisposición doctrinaria, en el sentido de pasar del carácter subjetivo del Derecho comercial para determinar el ámbito de su aplicación a adscribir a la tendencia objetiva como sistema para dar respuesta a esa interrogante”.



El Código de Comercio chileno, con inspiración en el Code francés, optó por formular un listado de actos considerados mercantiles, en su artículo 3°. No obstante, y considerando la inexistencia de tribunales mercantiles o de comercio en Chile, ello implicó “...la adopción de un auténtico sistema objetivo de delimitación de la materia mercantil codificada, trasladando a la parte sustantiva la noción de los actos de comercio, tratando de hacer de ellos el eje del sistema de nuestra disciplina”⁷.

Sin embargo, esta noción objetiva-sustantiva del Derecho comercial no ha implicado abandonar la figura del comerciante, piedra angular de una serie de obligaciones que se imponen a estos agentes del tráfico en el Código de Comercio⁸. De acuerdo con la concepción objetiva de lo mercantil, la propia calificación de un sujeto como comerciante en el Código de Comercio chileno parece venir determinada por la noción de acto de comercio. Así, cuando se señala, en el artículo 7 de nuestra codificación mercantil, que son comerciantes “...los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”, “hacer del comercio”, implica ejecutar actos de comercio⁹.

En concordancia con esta noción objetiva, todo sujeto capaz puede ejecutar un acto de comercio¹⁰. Sin embargo, únicamente aquellos que lo hacen de manera habitual y profesional han de ser calificados como comerciantes y, en consecuencia, deben cumplir con una serie de obligaciones impuestas para el ejercicio de su actividad¹¹.

En este contexto, “...la <<generalización>> del Derecho mercantil se convirtió en <<objetivación>> legislativa del mismo, precisamente porque era necesario justificar que el Derecho mercantil codificado regulase algunas instituciones cuyo uso se había generalizado, y que, por tanto, eran objetivamente mercantiles”¹². Luego, resulta lógico el planteamiento que considera que la noción objetiva es una de las bases de la denominada “mercantilización del Derecho civil”, de modo que el Derecho mercantil se ha transformado “...en un derecho

⁷ BROSETA y MARTÍNEZ (2015), p.50.

⁸ Por otro lado, tal como apuntan BROSETA y MARTÍNEZ, citando a GONDRA, “...ninguno de los Códigos <<objetivos>> es propia o exclusivamente un Derecho especial regulador de una categoría determinante de actos (los actos de comercio), conteniendo también normas destinadas únicamente a los comerciantes profesionales (...) [Y] es que resulta muy difícil- y, de hecho, no se consigue- evitar la referencia subjetiva al comerciante, que aparece, de este modo, como protagonista de la efectiva aplicación del Derecho Codificado”.

⁹ De este modo, SANDOVAL LÓPEZ, R. (2015), Derecho Comercial, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.133, sostiene que: “Teniendo en cuenta en carácter objetivo del Derecho comercial chileno, esto significa ejecutar actos de comercio. Se dedican al comercio quienes ejecutan los actos mercantiles enumerados en la legislación positiva. La calidad del comerciante no nace de la voluntad de las partes, sino que proviene de la ley y tiene lugar cuando la persona ejecuta los actos que ella califique de comerciales”.

¹⁰ Ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de nuestro Código de Comercio.

¹¹ Desde esta perspectiva, y según se apunta en OLAVARRÍA ÁVILA, J. (1970), Manual de Derecho Comercial, s/e, 3° edición, Barcelona, p.75, el Derecho Comercial se ocupa de las materias relativas a los actos de comercio, las que se relacionan con las cosas en que se ejercen dichos actos y a las personas que ordinariamente tienen que ver con unos y otros, es decir, los comerciantes.

¹² BROSETA y MARTÍNEZ (2015), p.50.



especial; pero de una especialidad incluso relativa, atendida su tendencia a generalizarse en el marco del acto mixto”¹³.

Así, resulta fundamental determinar cuándo corresponde aplicar las disposiciones del Código de Comercio, frente a las del Código Civil. Precisamente, la noción objetiva pretende servir de criterio delimitador en este ámbito. Sin embargo, se trata de un criterio que no está exento de problemas. A continuación, se revisarán algunas de las dificultades que presenta, con miras a realizar propuestas de solución orientadas a determinar lo que debiera ser el eje central de nuestra codificación comercial, desde la perspectiva de su ámbito de aplicación.

b) Problemática asociada a la noción objetiva del Derecho comercial

□ En general, la noción objetiva del Derecho Comercial se estructura sobre la base del concepto de “acto de comercio” el que, por su naturaleza, es complejo de formular y esencialmente cambiante. Aquí se sitúan los “esfuerzos constructivos” de los autores, que pretenden definir el acto de comercio a partir de sus rasgos esenciales¹⁴. Sin embargo, surge el problema de determinar cuál es el criterio predominante, entre los que pueden contarse la circulación, la especulación, la intermediación y el lucro. Al respecto, existe “...una dificultad casi insuperable de determinar la esencia del acto de comercio”¹⁵, ya que ninguno los criterios precedentemente mencionados parece, por sí mismo, suficiente para servir de base para la delimitación de lo mercantil¹⁶.

Es por ello que un amplio sector de la doctrina renunció “...al intento de formular un concepto unitario de acto de comercio y a acomodarse al criterio legal, para concluir que la materia mercantil está integrada por los actos que la ley considera actos de comercio. Hay en esta renuncia un reconocimiento de la imposibilidad de formular un concepto científico que comprenda todos los actos que, en cada sistema positivo, el legislador ha calificado <<de comercio>>. La variedad de estos actos y la multiplicidad de los criterios discrecionalmente empleados por el legislador para calificarlos como tales impiden subsumir en una categoría lógica unitaria una materia que carece de otro denominador común que no sea el de su consideración legal como <<actos de comercio>>”¹⁷.

En diversos ordenamientos jurídicos, como el argentino, colombiano y mexicano se optó, en su momento, por elaborar un listado de actos de comercio. Esto también ocurre en el caso

¹³ JEQUIER, E. (2013), Curso de Derecho Comercial, Tomo I, Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago, p.60.

¹⁴ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M. (2006), “El derecho mercantil de la codificación”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Derecho mercantil, Vol I, Ariel Derecho, 11 ed. actualizada, pp.20 y 21.

¹⁵ SANDOVAL (2015), p.29.

¹⁶ BAEZA (2008), pp.182-183.

¹⁷ OLIVENCIA (2006), p.21.



chileno, emulando el Código de Comercio francés de 1807¹⁸. Sin embargo, esta alternativa también plantea problemas, como se verá.

Por otro lado, existen iniciativas legislativas recientes que consideran la formulación de un concepto de acto de comercio, para determinar el ámbito de aplicación de la normativa mercantil. Es el caso de Ecuador y Nicaragua, a través de lo dispuesto en el proyecto de Código de Comercio de 2015¹⁹ y el anteproyecto de Código Mercantil de 2014²⁰, respectivamente.

□ El legislador nacional enumera los “actos de comercio” en el artículo 3° de nuestra codificación mercantil. En dicho elenco taxativo se incluyen actividades que, originalmente, no eran comerciales como la actividad industrial o fabril y se excluyen otras que debieran incorporarse si se desarrollan profesionalmente y como una actividad de empresa. Por lo tanto, no parece existir siempre y, especialmente a la luz de la realidad del tráfico mercantil actual, criterios claros para determinar porqué se incluyen ciertas actividades en el listado y se excluyen otras.

A partir de la enumeración de los actos de comercio, “...se acuñarán las categorías de <<actos absolutos u objetivos>>, cuya mercantilidad deriva de su contenido intrínseco, con total independencia del sujeto que los realice; <<actos subjetivos o relativos>>, que solo son mercantiles por pertenecer a la actividad propia del comerciante o encontrarse en una relación accesoria con su tráfico; actos <<mixtos>> o <<unilaterales>>, en los que sólo una de las partes es comerciante; actos <<formales>>, por derivar su calificación de mercantil del cumplimiento de ciertos requisitos o directamente de la ley”²¹. Cada una de estas categorías presenta su propia complejidad (p.ej. desde la perspectiva de la legislación aplicable) que hace difícil presentar un sistema coherente y armónico únicamente a partir de una noción objetiva, estructurada sobre la base de una nómina de actos de comercio.

□ Inevitablemente, la existencia de un listado taxativo de actos de comercio provoca un encorsetamiento para los actores del tráfico mercantil, que se manifiesta al momento de intentar aplicar las normas del Código a las figuras del comercio actualmente en uso. De este

¹⁸ Según da cuenta JEQUIER (2013), p.70, en el caso francés, a través de la enumeración de los actos de comercio, se persiguió también limitar la discrecionalidad de los jueces frente a la posibilidad de una interpretación analógica del acto de comercio, por medio del empleo de una definición abstracta del mismo.

¹⁹ Es así como el artículo 6 de dicho proyecto dispone que: “Son actos, operaciones o contratos mercantiles y están sujetos a las disposiciones de este Código, aquellos que se realicen con un sentido económico, de una manera habitual, que se ejecuten con cierta organización y que determinan una intervención en el mercado”.

²⁰ Dicho anteproyecto dispone lo siguiente en su artículo VII: “Definiciones. Para los efectos de este Código, se entenderá por: (...) Acto mercantil: Cualquier acto de naturaleza económica ejecutado en el mercado vinculado a la producción, intermediación o intercambio de bienes tangibles, primarios, finales o de inversión a bienes intangibles o prestación de servicios, con independencia de la participación o no de una o más personas empresarias. Se consideran actos mercantiles, sin que la siguiente enumeración se considere taxativa, los relacionados a: agricultura, agua, alcantarillado, canteras, comercio, comunicaciones, construcción, depósito de bienes, diversión, electricidad, entretenimiento, financiamiento, ganadería, hotelería, manufactura, minas, pesca, publicidad, restaurantes, servicios de intermediación financiera y conexos sujetos a supervisión estatal, servicios turísticos, silvicultura, transporte, turismo, y vivienda”.

²¹ BROSETA y MARTÍNEZ (2015), p.51.



modo, se demuestra que “...la técnica de los actos de comercio difícilmente podrá abrazar la compleja realidad mercantil y tener debidamente en cuenta la incesante expansión de la materia mercantil”²².

□ Ante la imposibilidad de aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 3° del Código de Comercio²³, muchas veces se “fuerza” su contenido para incorporar nuevas figuras, pudiendo generarse inseguridad jurídica. En este contexto, juega un rol fundamental la redacción amplia de diversos numerales del artículo 3°²⁴, así como la teoría o principio de lo accesorio. Este último factor ha ido generando, a su vez, una mercantilización del Derecho civil y una civilización del Derecho comercial²⁵, al tiempo que contribuye a subjetivar el sistema, toda vez que dicha teoría parte de la base de la calificación previa de la actividad principal de quien ejecuta el acto que se trata.

□ El listado contemplado en el artículo 3° no considera la evolución de la actividad comercial ni su regulación en la actualidad (que comprende normas de carácter público y privado). Finalmente, no recoge la realidad de la organización empresarial de nuestros días. Desde esta perspectiva, el artículo 3 del Código de Comercio se presenta como obsoleto frente a las necesidades del tráfico mercantil y la normativa que lo rige.

□ La enumeración de actos de comercio formulada en el artículo 3° no toma en cuenta el acusado factor internacional que hoy presenta el tráfico mercantil. Ello se refleja en un amplio elenco de negocios jurídicos de comercio exterior, así como en la normativa que les sirve de soporte. Dichos negocios no están presentes en el artículo 3, ni se considera la armonización de su regulación con los instrumentos nacionales e internacionales vigentes en esta materia, cuya naturaleza jurídica es muy diversa. A modo de ejemplo, se observan inconsistencias con lo prescrito en la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 2 letra g), Ley 19.971), que concibe lo “comercial” desde un punto de vista más amplio y sin considerar los actos unilaterales de comercio²⁶.

□ La existencia de un concepto legal de comerciante en el Código de Comercio, ha dado lugar a interpretaciones que se alejan de la noción objetiva, como factor de determinación del objeto de la regulación mercantil. De este modo, en alguna oportunidad, la Corte Suprema ha sostenido que el Código de Comercio se aplica de preferencia a las personas denominadas comerciantes²⁷.

²² BROSETA y MARTÍNEZ (2015), p.50.

²³ Según da cuenta acertadamente JEQUIER (2013), p.93, ésta constituye la opinión mayoritaria, en razón del carácter excepcional del Derecho comercial, y de la historia del establecimiento del propio Código de Comercio. Ello, precisamente, porque la Comisión Revisora del proyecto de Código habría eliminado la posibilidad de interpretación analógica, consagrada originalmente en los artículos 7 y 11 de dicho proyecto.

²⁴ Es el caso de lo dispuesto en los numerales 5, 10 y 20 del artículo 3° de nuestro Código de Comercio.

²⁵ Sobre el particular, véase JEQUIER (2013), p.61.

²⁶ Al respecto, véase JEQUIER (2013), p.62.

²⁷ Considerando sexto, SCS de 23.9.2009, Rol N°3638-2008. Además, se emplea como argumento lo dispuesto en el artículo 1 del Código de Comercio chileno, que dispone que dicho cuerpo legal “...rige las obligaciones de los comerciantes, que se refieran a operaciones mercantiles...”.



Si bien es cierto que la existencia de un concepto de comerciante y su regulación en el Código permite inferir, al igual como ocurrió en el Code francés, una intención del legislador por no alejarse completamente de la noción subjetiva, no es menos cierto que las realidades de ambos ordenamientos jurídicos son distintas. Según se señaló, en el Código de Comercio francés de 1807, el listado de actos de comercio enumerados en su artículo 632, tenía por finalidad delimitar la competencia de los tribunales de comercio. En Chile, en cambio, este objetivo carece de sentido ante la inexistencia de una jurisdicción mercantil. Es así como este listado terminó cumpliendo una función sustantiva en la determinación de la materia comercial y no meramente adjetiva o procesal, como en el caso francés. En este contexto, entonces, la definición de comerciante (aunque, más bien, de empresa)²⁸, de indudable importancia para la aplicación de las normas mercantiles, requiere ser trabajada y delimitada en mayor medida frente a la noción objetiva, para el caso que se decida conservar esta última visión en el Código de Comercio chileno.

□ Los numerales 5 al 9 y el 20 del artículo 3 del Código de Comercio parecen generar cierta inconsistencia al interior de dicha disposición. En estos supuestos, el criterio para la atribución de mercantilidad es la actividad de las empresas allí mencionadas y no determinados actos, como ocurre en los demás numerales referidos al comercio terrestre. Claramente, este factor constituye un acercamiento a la noción subjetiva del Derecho comercial. Sin embargo, esta consideración de la actividad empresarial en el artículo 3, no se acompaña de una definición de empresa en el Código de Comercio²⁹. Hoy nos encontramos con nociones de empresa dispersas en otros cuerpos normativos de nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso de la Ley 20.720³⁰, Ley 20.416 y Código del Trabajo³¹. Sea que se

²⁸ Según OLIVENCIA RUIZ, M. (2006), “Ensayo de un concepto de Derecho Mercantil”, en Jiménez Sánchez, G., Derecho mercantil, Tomo I, Ariel Derecho, 11 ed., Barcelona, pp. 32 y ss.: “Es cierto que el concepto de Derecho mercantil, a través de la historia, ha venido constituido siempre por referencia a una clase de personas y una clase de actos. Ciertamente, quiénes sean esas personas y cuáles sean esos actos son variables dependientes de los criterios de delimitación utilizados y de su mayor o menor extensión en cada momento y en cada sistema. En nuestra realidad actual, con un planteamiento no solo científico, sino acorde con la evolución del ordenamiento jurídico, la caracterización de las personas y de los actos sujetos al Derecho mercantil debe hacerse partiendo de categorías económicas -subjetivas y objetivas- existentes en el tráfico patrimonial. La noción de empresa sirve de base para calificar una clase de personas- empresarios, titulares de empresas u organizaciones económicas de producción-, y una clase de actos- los realizados en el ejercicio de la actividad externa propia de las empresas, que es la colocación en el mercado de los bienes o servicios producidos-. Así, el núcleo esencial de esta rama del Derecho privado consiste en ser el Derecho regulador de los empresarios y de la actividad externa propia de las empresas”.

²⁹ Recordamos que nuestro codificador mercantil únicamente consagra una noción de empresario de transportes en el artículo 166 inciso final, al señalar que: “El que ejerce la industria de hacer transportar personas o mercaderías por sus dependientes asalariados y en vehículos propios o que se hallen a su servicio, se llama empresario de transportes, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo”.

³⁰ Así, el artículo 2.13 de la ley 20.720 dispone que una empresa deudora, a efectos de dicha ley, es: “Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N°824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta”.

³¹ El artículo 3 del Código del Trabajo, en su inciso final, establece que: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e



opte por mantener el listado de actos de comercio contemplado en el artículo 3° del Código de Comercio, o bien, por un sistema mixto (objetivo y subjetivo), es fundamental trabajar en la elaboración de un concepto de empresa aplicable en el ámbito mercantil.

2. El comerciante como sujeto del Derecho Comercial en la codificación nacional

a) Concepto de comerciante en el Código de Comercio chileno.

Según se indicó, nuestro Código de Comercio recoge, en su artículo 7°, una noción de comerciante³² que se construye a partir de la noción de acto de comercio.

Desde una perspectiva económica, el comerciante es aquél que hace del comercio su profesión habitual. Desde un punto de vista jurídico, es comerciante aquella persona que adquiere derechos y obligaciones como consecuencia de una actividad mercantil.

Esta definición establece un concepto unitario de comerciante, que se manifiesta en un doble sentido:

□ Se es comerciante o no se es. Es un concepto indivisible, y tiene el inconveniente que somete a las mismas normas a todo aquel que ejerce el comercio.

□ En nuestro Derecho, el comerciante se define por un criterio único de carácter real, consistente en el ejercicio del comercio, lo que genera problemas con importantes consecuencias prácticas:

- La definición incluye, dentro del concepto de comerciante, a personas que no lo son (por ejemplo, los auxiliares de los comerciantes).

- Excluye a personas que sí pueden ser comerciantes, esto es, aquellas que no tienen capacidad legal para contratar por sí mismas, pero sí por medio de representantes legales.

- El C. de Com. omite un requisito esencial del comerciante, como es el actuar a nombre propio.

b) Requisitos establecidos por el Código de Comercio para ser comerciante.

i. Capacidad para contratar.

El primer requisito formulado en el artículo 7° del Código de Comercio consiste en la “capacidad para contratar”. En general, la capacidad es la aptitud para adquirir derechos y obligaciones, y puede ser de goce o de ejercicio. En este caso nos referimos exclusivamente a la de ejercicio, ya que la capacidad de goce es, siguiendo a Lyon, “...consustancial al

inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

³² Dicha norma establece que son comerciantes “...los que teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”.



concepto de persona, toda vez que lo que constituye en esencia la personalidad es la posibilidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones”. De esta forma, no se puede concebir la existencia en sentido jurídico de una persona sin capacidad de goce.

Por otra parte, si bien en el Código de Comercio no hay referencia a que se trate exclusivamente de esa capacidad, la Constitución Política de 1980, en el art. 19 N° 21, señala que cualquier persona está facultada para ejercer el comercio.

En cuanto a los incapaces, el Código de Comercio no se refiere a ellos. No obstante, frente a la incapacidad podemos encontrar dos tipos de incapaces:

- El incapaz absoluto, que jamás puede ser comerciante a menos que se ejerza esa actividad por medio de representantes.

- El relativamente incapaz y, concretamente, el menor adulto, que sólo puede comerciar con los bienes comprendidos en su peculio profesional (artículo 10 del Código de Comercio). Adicionalmente, la ley establece ciertas limitaciones especiales en este punto, pues, en conformidad al artículo 55 N°2 del Código, los menores de 21 años no pueden ser corredores ni están facultados tampoco para ser socios de una sociedad colectiva, sin previa autorización judicial (artículo 349 del Código de Comercio).

La mujer casada en sociedad conyugal, por su parte, está habilitada para actuar en el comercio libremente y para tales efectos se reputará separada de bienes (artículo 11 del Código de Comercio, relacionado con artículo 150 del Código Civil). Por lo tanto, los bienes que la mujer adquiera entran a su patrimonio propio o reservado, según corresponda. Además, sus acreedores solamente pueden cobrar sus créditos en el patrimonio de la mujer, sin poder cobrarlos en el haber social (salvo aquellos bienes que sean adquiridos por la mujer que beneficien el patrimonio de su marido o el haber social)³³.

- ii. Realizar una actividad mercantil de manera profesional.

El comerciante, para ser calificado como tal, debe realizar actos de comercio, consagrados en el artículo 3° de nuestra codificación mercantil.

³³ Además, existen ciertas limitaciones y prohibiciones para comerciar: a) Ciertos casos en que el Estado ha tomado para sí una actividad comercial (ej.: fabricación de moneda, fabricación de armas, etc.) b) Ciertos actos de comercio que sólo pueden ser realizados por ciertas personas, ya que la ley exige requisitos especiales (ej.: actividad bancaria, intermediación de valores, otorgamiento de seguros, etc.). c) Aquellas que acuerden las partes. El artículo 19 del Código de Comercio regula los efectos de estos actos en caso de haber sido celebrado por una persona que no estaba habilitado para ello. En este caso, el contratante puede demandar la nulidad del acto, o bien, no obstante ser la contraparte incapaz, exigir el cumplimiento forzado de la obligación.



iii. Habitualidad

La habitualidad es una cuestión de hecho que debe ser acreditada. No se puede presumir que una persona que realiza actos de comercio en forma aislada sea un comerciante. Parte de la doctrina manifiesta que, además de la habitualidad, debe existir el “ánimo” del comerciante. Excepcionalmente, hay supuestos en que una persona puede reputarse comerciante no obstante que no realice los actos de comercio en forma habitual. Es el caso de la compra de un establecimiento de comercio (artículo 3°N°2 del Código de Comercio) y los actos formales de comercio (artículo 3 N°10 del Código de Comercio).

En caso que una persona ejecute un acto de comercio aislado, no se reputa comerciante; pero los efectos de ese acto quedan regulados por las leyes de comercio (artículo 8° del Código de Comercio).

iv. Actuar a nombre propio.

Por último, el comerciante debe actuar a nombre propio y por su propia cuenta. Por lo mismo, para analizar este requisito debemos determinar dónde se radican los derechos y obligaciones que surgen de la realización del acto de comercio, pues solo estaremos ante un comerciante en la medida que esos efectos se radiquen en su patrimonio y no en el de terceros. De esta forma, no son comerciantes:

- Los tutores o curadores, ya que actúan a nombre de un tercero.
- El gerente de una sociedad, porque no actúa a nombre propio, de modo que los actos que realiza se radican en el patrimonio de la sociedad y no en el propio.

c) Clasificación de los comerciantes

En general, los comerciantes se clasifican según su relación con otros comerciantes o con los consumidores finales. Así, los comerciantes al por menor venden directa y habitualmente al consumidor. Por su parte, los comerciantes al por mayor venden directa y habitualmente a otros comerciantes (artículo 30 inc. final).

Esta clasificación tiene importancia por cuanto una de las obligaciones del comerciante es la de llevar libros de contabilidad, existiendo diferencias entre uno y otro.



d) Estatuto del comerciante en el Código de Comercio.

Entendemos por estatuto del comerciante aquellos derechos, obligaciones y cargas a las que el comerciante está sujeto en su calidad de tal. En otros términos, son las consecuencias jurídicas de ser calificado como comerciante.

i. Obligaciones del comerciante.

- Inscribir ciertos documentos en el Registro de Comercio (artículo 22 del Código de Comercio).
- Llevar Contabilidad y Registro de Correspondencia (art.25 y siguientes del Código de Comercio).
- Pagar patente municipal. Los comerciantes están obligados al pago de patente municipal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 del Decreto Ley 3.063/79.

ii. Contratación Mercantil.

El comerciante debe contratar de conformidad con las formas establecidas en el Código de Comercio. Los comerciantes tienen normas especiales respecto de la compraventa, la cesión de créditos, el mandato, la sociedad y la prenda, entre otros.

Esos contratos, con la notable excepción de la prenda y su trámite del conste, tiene por objeto hacer más expedita y masiva la contratación, de manera que el comerciante desarrolle adecuadamente su empresa.

iii. Prueba y Costumbre Mercantil.

Como se señaló, los comerciantes están sujetos a un régimen especial de prueba, ya que de la obligación de llevar libros contables nace un medio probatorio no reconocido en la legislación civil común.

Por otra parte, y habida consideración a la forma en como los comerciantes desarrollan su actividad, la ley les autoriza la prueba de testigos, aún sin principio de prueba por escrito e incluso, en casos calificados, contra el contenido de escrituras públicas.

Por último, los comerciantes pueden beneficiarse de la costumbre mercantil, supliendo el silencio de la ley "...cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente aceptados en la República o en una determinada localidad y reiterado por un largo espacio de tiempo" (artículo 4 del Código de Comercio).



iv. Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

El estatuto del comerciante reviste importancia para la aplicación de la norma de los consumidores. En su definición de proveedor, la Ley N°19.496 incorpora la habitualidad como elemento central de la calidad de proveedor y, en su artículo 2°, somete la aplicación de la ley en su enunciado más general, al acto mixto de comercio.

De esta manera, la referida normativa establece como presupuesto en su formulación el estatuto del comerciante, aun cuando a través de algunos cambios legislativos y fallos judiciales se haya ido extendiendo ese campo.

v. Materias Tributarias

Por último, en el campo tributario la figura del comerciante tiene especial importancia, ya que la actividad mercantil es fuente de tributos y obligaciones tributarias. Así, el hecho de ser comerciante reviste importancia particular para determinar la forma y los tributos con que se debe contribuir.

e) Problemática derivada de la noción de comerciante y su estatuto consagrado en el Código de Comercio

El estatuto del comerciante se encuentra invadido de normas rígidas, la mayoría irrenunciables, lo que puede atribuirse a dos factores principales: (a) El primero es la vuelta a la objetivación del Derecho comercial, es decir, donde lo que define e importa no es la persona del comerciante, sino el acto formal realizado; y (b) el segundo, la regulación excesiva de la actividad mercantil, al punto de dejar poco margen para la creatividad y la diferenciación de bienes y servicios.

Históricamente, el Derecho comercial nació como una respuesta a la necesidad del comerciante de realizar su actividad, sin las trabas y formalidades que la legislación civil incorpora para la celebración de actos y contratos, lo que incluyó incluso la creación de tribunales especiales bajo los cuales los comerciantes resolvían entre ellos sus disputas. En la Edad Media el Derecho mercantil aparece como una respuesta a la rigidez del Derecho civil y a las exigencias del comercio, que no podían ser atendidas por esa rama del Derecho. La mayoría de las instituciones de Derecho mercantil han nacido del uso y la práctica del comerciante –la costumbre mercantil–, para luego integrarse al Derecho común. Es por esto que, a diferencia de lo que sucede en la legislación común, el Derecho mercantil le asigna a los usos y costumbres un carácter central y preponderante como fuente creadora del Derecho, lo que en el ámbito del derecho comercial internacional ha dado paso a toda una construcción normativa uniforme, denominada la *lex mercatoria*.



Estos procesos constituyen la base que ha hecho posible a los comerciantes desarrollar su labor de manera constante y adaptándose a los cambios que las sociedades y el mundo han experimentado. En otras palabras, la internacionalización y la flexibilidad son los elementos que han permitido a la persona del comerciante desarrollar su actividad a la par del desarrollo de las normas que les son aplicables.

Un elemento esencial de estas características es la noción subjetiva que ha moldeado al Derecho comercial. No es la naturaleza del acto jurídico lo que determina la aplicación -o no- de las normas mercantiles, sino, principalmente, el carácter de comerciante que tiene aquel que lo realiza. Dicho de otra forma, el comerciante es y debe ser la piedra angular del comercio, como disciplina de estudio y de regulación jurídica; pero no aquel comerciante que tuvo en cuenta el Código de 1865, sino aquel agente que actúa en la economía moderna en forma organizada y profesional, según se analizará en el apartado IV del presente informe.

3. Los auxiliares del comerciante en el Código de Comercio

a) Los auxiliares del comercio terrestre en nuestra codificación mercantil

En la regulación de nuestro Código de Comercio, la actuación de los auxiliares o colaboradores del comerciante, se suele enmarcar en el contexto del contrato de mandato comercial. Dicho contrato se incluye, a su vez, como acto de comercio en el artículo 3° número 4, que consagra como tal a “La comisión o mandato comercial”. Usualmente, dicho acto es concebido como “de comercio” para el comerciante -mandante o principal- y como acto civil para el mandatario o auxiliar, con algún nivel de debate ante la figura del mandatario organizado como empresa y que desarrolla como giro principal la gestión de negocios, como es el caso de los corredores de bolsa.

La definición general de mandato comercial del artículo 233 del Código de Comercio señala: “El mandato comercial es 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 a dar cuenta de su desempeño”. De este modo, el carácter comercial de este contrato viene dado por la naturaleza de los actos o gestiones encargadas, que en este caso consisten en la ejecución de uno más actos de comercio lícitos, que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta y riesgo de su mandante o principal. En la ordenación tradicional de nuestro Código de Comercio para el ámbito del comercio terrestre, los mandatarios regulados son la comisión, el mandato de los factores de comercio, los mancebos o dependientes de comercio y la correduría o corredores de comercio.

Por su parte, la correduría se encuentra definida en el artículo 48 del Código de Comercio, pudiendo ser asimilada a lo que el derecho anglosajón denomina como broker. Además, encontramos como expresiones específicas de la correduría, fuera del Código de Comercio,



la labor de los corredores de bolsa, definidos en el artículo 24 de la Ley de Mercado de Valores³⁴.

Otra modalidad de la correduría puede reconocerse en los Corredores de seguros, definidos en el artículo 57, inciso quinto del D.F.L. N° 251, sobre Compañías de Seguros.

En cuanto a la comisión, esta se encuentra definida en el artículo 235 del Código de Comercio, bajo la especificidad de corresponder al encargo de operaciones mercantiles individualmente determinadas, entendido como un mandato especial³⁵. A continuación, en el artículo 236 del Código de Comercio, se distinguen cuatro clases de comisionistas: Comisionistas para comprar, Comisionistas para vender, Comisionistas de transporte por tierra, lagos, ríos o canales navegables y Comisionistas para ejecutar operaciones de banco.

En cuanto al factor de comercio, definido en el artículo 237 del Código de Comercio, se encuentra regulado en los artículos 325 al 341 del mismo Código.

Finalmente, nuestra codificación mercantil define a los dependientes de comercio como “mancebos o dependientes”, regulados en los artículos 342 a 347 del Código de Comercio.

b) Los Auxiliares en la Navegación y Comercio Marítimo en el Libro III del Código de Comercio.

En el ámbito del comercio marítimo, el comerciante toma el nombre de armador o naviero, definido en el artículo 882 del Código de Comercio. A su turno, como auxiliar del armador o naviero se regula la figura de los agentes generales, definidos en el artículo 917 del Código de Comercio. Finalmente, el artículo 918 del Código reconduce la relación jurídica entre armador o naviero y los agentes, a la figura del mandato.

Por último, el Código de Comercio también regula como auxiliares a los agentes de estiba y de desestiba (art. 926).

c) Problemática asociada a los auxiliares del comerciante en el Código de Comercio chileno.

□ De la exposición normativa que vincula al comerciante con sus auxiliares, tanto en el ámbito terrestre como marítimo, se puede constatar que en los Libros II y III del Código de

³⁴ La norma dispone que: “Son intermediarios de valores las personas naturales o jurídicas que se dedican a las operaciones de corretaje de valores”, y en cuanto actúan fuera de la Bolsa, se denominan agentes de valores: “Los intermediarios que actúan como miembros de una bolsa de valores, se denominan corredores de bolsa y aquellos que operan fuera de bolsa agentes de valores” (artículo 24, inciso tercero, Ley de Mercado de Valores).

³⁵ Así, esta disposición señala que: “El mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas”.



Comercio se presentan estatutos normativos especiales y separados, con una especial regulación atendida la naturaleza del ámbito mercantil en que operan.

- Otra expresión normativa la encontramos en industrias mercantiles relevantes, como es el caso de los Corredores de Seguros en el D.F.L. N°251, los corredores de bolsa y agentes de valores en la Ley de Mercado de Valores.
- Por su parte, como sector desregulado normativamente encontramos a los denominados corredores de propiedades que, por la naturaleza de los bienes objeto del tráfico que llevan a cabo, quedan excluidos del derecho mercantil, siendo operaciones propias del derecho civil.
- En otra industria regulada encontramos a los corredores de productos agrícolas, definidos en el art. 6 de la Ley N° 19.220, referida al establecimiento de bolsas de productos agropecuarios.
- Una futura modificación al Código de Comercio debiera considerar la regulación de todos los auxiliares del comerciante, destacando su actuación en cuanto agentes colaboradores del mismo y haciéndose cargo, entre otras materias, de las formalidades de su constitución y registro de poderes en el Registro de Comercio; sus actuaciones frente a terceros; régimen de responsabilidad; inhabilidades y prohibiciones.
- Finalmente, sostenemos que debiera mantenerse la distinción necesaria de estatutos jurídicos en cuanto a la existencia de un régimen diferenciado en el ámbito del comercio terrestre y marítimo.

4. La empresa como sujeto clave de la normativa mercantil.

a) La empresa en el Código de Comercio chileno.

De la lectura de los diversos numerales del artículo 3° del Código de Comercio pareciera que el codificador Ocampo, al mencionar allí a la “empresa”, mercantiliza la actividad comercial de la misma y no actos individualmente considerados. Lo anterior, por lo demás, resultaría hasta lógico si se considera que, a la época de dictación del Código, la técnica comercial e industrial habían adquirido un importante grado de desarrollo tras la primera revolución industrial, generadora de un mercado industrializado sin precedentes en la historia en donde la especialización, junto con la organización en unidades productivas complejas, daban forma a un fenómeno común y hasta necesario para el ejercicio del comercio. En este sentido, entonces, el Código de Comercio de Ocampo podría considerarse como adelantado para su época, al superar en cierta forma la noción pura del acto de comercio del Código napoleónico y ceder el paso a la noción de actividad, como serie coordinada y organizada de actos.



Sin embargo, lo cierto es que la noción de empresa, como fenómeno de relevancia jurídica, fue conocida antes incluso de que el Derecho comercial se estructurara como “el derecho de los actos de comercio”. El propio Código de comercio francés de 1807, de indudable vocación despersonalizadora del comercio, incluyó a la empresa en diversos actos de comercio; pero lo concreto es que la calificación como mercantil de los mismos no se hacía allí en consideración a la profesionalidad del empresario como tal, en su concepción subjetiva, y ni siquiera a la reiteración del acto, sino a la realización objetiva de este último aun cuando fuese aislada y esporádica. Lo propio ocurrió, por ende, con el código chileno de 1865 y, luego, con la codificación italiana de 1882 y la española de 1885, por nombrar algunas, de manera que la sola referencia a la empresa, en todos esos códigos, no permite sostener una conceptualización del Derecho comercial en un derecho de la actividad profesional del empresario.

La empresa del art. 3° del C. de Com. no es, entonces, aquella entidad “real” a que se refiere Orts³⁶, concebida para la producción de bienes y servicios destinados al mercado y que es propia de las recodificaciones “de segunda generación” de los siglos XX y XXI, sino simplemente una intermediaria entre el productor primario y el demandante de bienes y servicios, quien ni siquiera podía considerarse como consumidor según su actual conceptualización.

b) Concepción de la empresa moderna como sujeto del Derecho comercial

Para el desarrollo de este apartado se ha recibido la valiosa colaboración de la profesora Dra. Lorena Carvajal, quien ha estudiado esta materia en profundidad y con una bien nutrida base de fuentes³⁷. Las notas que se incluyen a continuación, precisamente, han sido tomadas en gran medida de su investigación.

En general -dice esta autora- la empresa es una noción referida a la actividad económica organizada de producción y circulación de bienes y servicios para el mercado, ejercida profesionalmente³⁸. Además, se acepta como un elemento nuevo, que la empresa es una unidad de producción e intercambio cuya eficiencia y contribución al bien común es deseable³⁹.

³⁶ ORTS, E. (2013), *Business Persons*, Oxford University Press, Oxford.

³⁷ CARVAJAL ARENAS, L. (2016), “Informe para la Primera Sub-Comisión. Sujetos del Derecho Comercial” (inédito).

³⁸ La empresa requiere el establecimiento comercial o azienda. Vid. BARRETO Filho, O. (1969), *Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, p.120.

³⁹ El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República establece el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Esta libertad económica para desarrollar actividad empresarial, siempre con respeto al bien común, se ha profundizado para transformar a la empresa en un agente que promueve el bien común. Por ejemplo, la Comisión Europea designó el 2005 como el año de la responsabilidad social empresarial en los países de la UE. Vid. LUETKENHORST, W. (2004): “Corporate Social Responsibility and the Development Agenda” *Intereconomics*, Mayo-Junio, pp. 157-166.



En el Derecho chileno, sin embargo, no existe una única noción de empresa y menos una que sea específicamente aplicable al Derecho Comercial, a diferencia de lo que ocurre con otras disciplinas como el Derecho Tributario, Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal. En palabras de Carvajal, en fin, “...en el sistema jurídico nacional existe una noción casuística de empresa, la cual cambia en función de las exigencias de la disciplina respectiva y, fundamentalmente, en función de la tipología de intereses subyacentes a la disciplina específica”⁴⁰.

El panorama tampoco es sencillo ni mucho menos uniforme en los sistemas jurídicos comparados, según se verá a continuación.

i. La empresa como equivalente de la actividad del empresario

A partir de las definiciones contenidas en los Códigos de Comercio italiano y colombiano⁴¹, es posible deducir que estos cuerpos normativos identifican a la empresa con la actividad del empresario.

Sin embargo, y aun cuando estos códigos definen la empresa en términos similares, cada uno utiliza la institución para fines diversos. El Codice italiano de 1942 centró en ella la comercialidad y superó “la tradicional contraposición entre industria y comercio, por una parte, y agricultura y artesanía, por otro”, delineando “una noción general y unitaria de empresario”⁴². En cambio, el Código colombiano ofrece un listado de dieciocho actos de comercio para determinar la comercialidad regida por este cuerpo normativo.

ii. Concepción “atomista” de la empresa.

La plantea el autor argentino Raúl Etcheverry, quien sostiene que la empresa no es una categoría jurídica y que, por lo mismo, su concepción global sólo es posible desde el punto de vista económico y sociológico. Esta teoría es calificada como “atomista”, porque cada elemento de la empresa está regido por la ley que le corresponde. “La empresa –dice Etcheverry- no es sujeto, ni objeto, ni puede asimilársela al concepto jurídico de actividad. Si la empresa dice poseer bienes registrables, trabajadores, impuestos por pagar, inmuebles, derechos inmateriales, la categoría deberá regirse por el régimen legal que corresponda”⁴³.

⁴⁰ Sobre este punto, véase CETRA, A. (2014), *La nozione d'impresa*. V. 1 *Diritto Commerciale*, Giappichelli, Torino.

⁴¹ Los artículos del Codice Civile son los siguientes. Art. 2082 *Imprenditore*. E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Art. 2555 *Nozione*. L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

El Código de Comercio colombiano define la empresa en el artículo 25: se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

⁴² CAMPOBASSO (2014), p.11.

⁴³ ETCHEVERRY (2004), p.151.



iii. Empresa como fenómeno real o autogenerado.

Orts -citado por Carvajal- sostiene la prevalencia del sistema jurídico por sobre la economía, para describir y entender el fenómeno de la empresa. A pesar de que las empresas comerciales deben cumplir con los requisitos legales -dice-, ellas también se crean y diseñan a ellas mismas y, luego, hacen un requerimiento para tener un derecho de existencia independiente y para tener reconocimiento legal⁴⁴.

iv. Noción contractualista de la empresa.

Las teorías “contractualistas”⁴⁵ ven a la empresa como un ente que aglutina una gran diversidad de contratos privados, de compraventa, de servicios, de trabajo, de suministro, etc. Esta tesis ha sido criticada por Orts, quien postula que quienes la defienden no logran reconocer que las instituciones o grupos también existen (como una categoría ontológica) de manera autónoma respecto de los miembros individuales que la componen⁴⁶.

Según Carvajal, la posición de Orts, innovadora desde el punto de vista de su construcción metodológica, ha sido recogida, en los hechos, por el Código de Comercio chileno, el cual reconoce a la empresa subyacente a la tipología societaria e incluso más allá de los sujetos que la componen. Un argumento para postular tal teoría consiste en el reconocimiento de las ‘sociedades de hecho’.⁴⁷ La justificación de las sociedades de hecho reside en el acuerdo de los asociados, alcanzado de forma tal que éstos razonablemente reputan que existe una sociedad, y, por lo tanto, desarrollan la actividad empresarial bajo esa vestidura. Esta visión da relevancia a la “realidad de la empresa”⁴⁸.

c) El Código de Comercio alemán de 1997 y la ruptura del criterio objetivo del acto de comercio. Asunción de la “empresa” como sujeto de regulación.

El Código de Comercio alemán, de 1897, fue el primero en romper la corriente objetiva implantada por el Code de 1807, al considerar como comercial toda empresa que por su naturaleza e importancia cuente con una organización y la razón bajo la cual gire esté

⁴⁴ ORTS (2013).

⁴⁵ Estas teorías son conocidas como “Contractarian theories”. Vid. MILLON, D. (1993), “New directions in corporate law. Communitarians, contractarians, and the crisis in corporate law”, Washington and Lee Review, vol. 50 N° 4, pp. 1373-1393.

⁴⁶ Vid. ORTS (2013) capítulo 1 y p. 64.

⁴⁷ Vid. TORRES, O. (1998), “Las sociedades de hecho e irregular (con referencia a la sociedad colectiva comercial) Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, pp. 193-198.

⁴⁸ ASCARELLI (1931), p. 4, planteaba antes de la unificación del Codice Civile de 1942: “Si damos una mirada fugacísima a la historia del Derecho comercial vemos cómo el ámbito de la comercialidad, la competencia –por así decirlo– del derecho comercial cambia continuamente. Por ejemplo, el comercio sobre inmuebles era considerado todavía esencialmente civil en el Código francés. Eso no es así, en cambio, en nuestro Código. La actividad industrial, sin cuya regulación hoy el Derecho comercial sería absurdo y ridículo, no entró en el ámbito del Derecho comercial sino relativamente tarde”.



inscrita en el Registro Mercantil, siendo dicho registro obligatorio para el empresario de esta clase de negocios (art. 2º del HGB). Más explícito es todavía el artículo 343 del señalado Código, al disponer que “Se reputa actos de comercio todas las operaciones concluidas por un comerciante con vistas a la explotación de su empresa comercial”⁴⁹.

Como explica Carvajal, la reforma del Derecho comercial alemán de 1998 amplió incluso la noción de comerciante, incluyendo dentro de ella a todas las empresas salvo la agricultura⁵⁰ y los pequeños negocios. No obstante, cualquier persona que se desenvuelva en el mundo de los negocios –incluso agricultores y pequeños empresarios– tiene la opción de ser comerciante mediante el registro de su negocio en el Registro de Comercio Handelsregister.⁵¹ Los profesionales liberales, por último, quedan fuera de la regulación comercial, a menos que se constituyan como sociedad, típicamente de responsabilidad limitada.⁵² En todo caso, la noción de empresa es aquella que demarca qué debe ser regulado por el Derecho Comercial. En este sistema jurídico, quien no es considerado empresa será alcanzado por el Derecho Comercial si celebra un contrato con una de éstas. Asimismo, el derecho del consumidor está fuera del ámbito del Código de Comercio alemán⁵³.

d) Algunas iniciativas y modelos recientes: los proyectos en España, Ecuador y Nicaragua.

La idea de actualizar los contenidos y materias reguladas en el Código de Comercio chileno no es ni aislada ni original. Ejemplo claro de ello son las propuestas de nueva codificación que se han presentado en los últimos tres años en otros países iberoamericanos, como España, Ecuador y Nicaragua, las que abordan precisamente -y en lo que aquí interesa- la desafiante problemática que plantea el definir, ni más ni menos, qué es lo comercial y cuales conductas, actos y contratos quedan sujetos por ende a la regulación del Código de Comercio.

⁴⁹ Según SCHMIDT, p.3, el Derecho comercial alemán es “el derecho privado especial de los comerciantes (...). Como tal, debe tener frente al Derecho privado en general un ámbito de aplicación más reducido. El ámbito de aplicación del Derecho comercial tradicional está desarrollado sobre la base del sistema subjetivo; no está estructurado –o al menos no prioritariamente– en forma objetiva, según el objeto a regular, sino subjetivamente; esto es, con relación al círculo de destinatarios de la norma. Destinatarios de la norma en el Derecho comercial son –por lo menos en el concepto histórico del Código de Comercio [alemán]– los comerciantes” (SCHMIDT, op. cit., p. 3).

⁵⁰ § 3 (I) HGB.

⁵¹ §§ 2, 3 HGB.

⁵² Vid. KÖNDGEN, J. y BORGES, G. (2005): “Commercial Law”, en Reimann, M. y Zekoll, J. (edit.), Introduction to German Law, Verlag C.H. Beck, Munchen, p.122.

⁵³ KÖNDGEN (2005), p.127, “With the HGB (Handelsgesetzbuch), German commercial law returned to an orthodox <<subjective>> concept”.



- El caso español: La “Propuesta de Código mercantil” de 2013.

Conocido es el trabajo realizado por la Comisión General de Codificación española, que en el año 2013 y tras un largo periodo de estudios, presentó la denominada “Propuesta de Código mercantil”.

En lo que interesa a este informe, el Proyecto referido opta por innovar radicalmente respecto del Código de Comercio de 1885, acuñando el nuevo concepto de “operador del mercado” como sujeto destinatario de las normas del nuevo código, que tiene como centro de operación el mercado. Señala la Exposición de Motivos:

“Acorde con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de insertarse el cuerpo legal y con la realidad del tráfico, la delimitación de la materia mercantil se hace a partir de un concepto básico: el mercado como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial. De esta manera, el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas” (Consideraciones Generales, I.2.9).

Se trata, por ende, de un retorno al subjetivismo en su más amplia acepción, en donde la empresa, como operador privilegiado de mercado, juega un papel preponderante. Dice en este punto la Exposición de Motivos:

“Para calificar a esos ámbitos, subjetivo y objetivo, el concepto de referencia es la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y a la actividad que desarrolla en el mercado. Mas la titularidad de una empresa, criterio unitario para la calificación del empresario persona natural, no lo es para el empresario persona jurídica, en el que, junto al criterio de la naturaleza del objeto social se recoge el formal de la adopción de algún tipo de sociedad mercantil” (Consideraciones Generales, I.2.10).

Según esto, se considera empresa al empresario persona natural que sea titular de una empresa; a todas las sociedades mercantiles; a las personas jurídicas que ofrezcan bienes o presenten servicios al mercado; y las entidades sin personalidad jurídica que realicen dichas actividades.

Pero para el Proyecto la empresa es un operador privilegiado del mercado, más no el único. Dada la amplitud del concepto de “operador de mercado”, se contemplan en él ámbitos de actividad que tradicionalmente estuvieron excluidos de las regulación comercial, como es el caso de la agricultura, de la artesanía y de las profesiones liberales que ejercen actividades



intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas⁵⁴; e incluso a las entidades sin personalidad jurídica, que realicen la misma actividad productiva o de prestación de servicios en el mercado (vid. Consideraciones Generales, I.2.11). Señalan en este sentido los artículos art. 001-1 y 00-2 del Proyecto:

“Artículo 001-1. Objeto del Código Mercantil.

En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado.

Artículo 001-2. Ámbito subjetivo.

1. Quedan sujetos a las normas del presente Código los siguientes operadores del mercado.

a) Los empresarios. Son empresarios a estos efectos:

1°. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

2°. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en la letra anterior.

3°. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

2. A los efectos de este Código, se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español.”

Pese a lo anterior, y tal vez como una forma de suavizar el impacto que tendría una propuesta como ésta, en un medio acostumbrado por siglos al criterio objetivo del acto de comercio, el Proyecto no deja de hacer referencia a lo que denomina como “ámbito objetivo” del comercio. En concreto, según la Exposición de Motivos:

⁵⁴ Según Carvajal, citando a ZAMAGNI (2013,) pp. 286 y ss., esta postura se justifica porque no es posible ignorar la evolución de las técnicas de ejercicio de algunas profesiones liberales, la cual denota su “comercialización”, en el sentido que es posible comprenderlas dentro de la actividad de empresa para efectos de determinar la disciplina aplicable, siempre que se trate de una actividad tendente a la producción o intercambio de bienes o servicios, desarrollada en forma organizada y profesional. Estas condiciones son las requeridas también por el Codice Civile italiano, para considerar como tales a las profesiones intelectuales y artísticas (art. 2238 inc. 1°).



“...el Código incluye como materias reguladas los actos y contratos calificados de mercantiles, bien por razón del sujeto y de la actividad, bien por su objeto o por el mercado en que se celebren; el régimen jurídico de las sociedades mercantiles; la competencia en el mercado, y la propiedad industrial” (Consideraciones Generales, I.2.15).

Sin embargo, la referencia al ámbito objetivo es en cierto modo relativa, pues, a fin de cuentas, lo que determina en general esa objetividad es el “quién”, y no el “qué”. Lo dicho queda en claro al revisar el texto del art. 001.4. del Proyecto, y en particular su numeral 1°:

Artículo 001-4. Ámbito objetivo.

1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:
 - a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo.
 - b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles.
 - c) Los actos de competencia en el mercado.
2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores.”

Sin detenernos en un examen exhaustivo de la fórmula del “operador de mercado”, su amplitud termina por distorsionar el carácter especial del Derecho comercial y, todavía más, complota contra la necesaria certeza que debe ofrecer el Código de Comercio en cuanto a su concreto ámbito material de aplicación. Es, por lo demás, la opinión manifestada por el Consejo de Estado español:

“(...) debe revisarse otra de las grandes directrices del proyectado nuevo Código Mercantil, cual es la de calificar de mercantiles un gran número de actos por el mero hecho de que en ellos esté presente y sea parte un operador del mercado. Esta directriz es especialmente desaconsejable, ya que supone una injustificada extensión del ámbito de lo mercantil y distorsiona gravemente las relaciones que deben existir entre la legislación general civil y la legislación especial mercantil. De hecho, esa orientación del Anteproyecto supone trasladar al Derecho Mercantil infinidad de cuestiones y contratos que han venido siendo y son actualmente civiles, y respecto de los que no existen datos que justifiquen mudar su naturaleza y transformarlos en mercantiles.

“(...) En síntesis, estima este Consejo que el modo en que el Anteproyecto introduce y utiliza la figura del "operador de mercado" no puede erigirse en criterio delimitador del ámbito de lo mercantil. Más en concreto, esa figura no puede convertirse en una categoría general y abstracta, cuya sola presencia determine per se que se esté ante relaciones y actos de naturaleza jurídico-mercantil. En consecuencia, entiende este Consejo que ha de huirse de las



contraindicaciones de utilizar la aludida figura con el alcance y extensión con que lo hace el proyectado nuevo Código Mercantil y que este último debe centrar su ámbito de aplicación en la regulación jurídico-privada de aquellos actos y contratos que, por las partes intervinientes, prestaciones asociadas, y restantes elementos concurrentes, expresen y materialicen una actividad organizada y dirigida a la producción e intercambio de bienes y de prestación de servicios.”⁵⁵

- Proyecto de Código de Comercio de Ecuador, de 2015; el concepto “modernizado” de objetividad.

Menos radical ha sido el Proyecto de Código de Comercio de Ecuador, del año 2015.

Reconociendo el peso y valor de una larga tradición jurídica basada en el criterio objetivo del “acto de comercio”, el Proyecto opta por no abandonarlo del todo. Por el contrario, el referido criterio se mantiene en el nuevo texto aunque en una versión “modernizada”, que amplía sustancialmente sus lindes y que prescinde, en todo caso, del carácter taxativo y excluyente con que lo trata el Código vigente. Dice en este punto la Exposición de Motivos:

“Hemos considerado adecuado preservar la noción de actos de comercio, y lo hemos hecho siguiendo un criterio más amplio, más genérico de actos que se consideran comerciales. Estamos conscientes que no todos ellos lo son exclusivamente mercantiles (ese es el gran debate de la doctrina, y en particular de los que cuestionan la visión objetiva), pero se trata de actos a los que se dedican grupos de personas, que conforman mercados, y que lo hacen profesionalmente con sentido económico y ánimo lucrativo. Pero también hemos querido hablar de la empresa y del empresario como indicadores de la actividad mercantil en noción que esperamos sirva para terminar de delinear lo mercantil, en caso de dudas en lo que al acto se refiere. Pensamos que al desarrollarse más ampliamente la noción de empresa y empresario, se le da un contexto más claro a lo que determina la esencia de lo mercantil, pues se estaría aludiendo a una actividad económica organizada que se lleva a cabo mediante la utilización de un establecimiento de comercio, o de bienes usados por el empresario para el desarrollo de su empresa.”⁵⁶

La idea central de este proyecto, en síntesis, radica en situar lo mercantil en el hecho de que haya individuos que desarrollan actividades habituales y hacen de ella su forma de vivir y ejecutar sus intereses lícitos, con ánimo de lucro. Esos actos -dice la Exposición de

⁵⁵ Consejo de Estado español, Dictamen de 29 de enero de 2015, expediente N° 837/2014 (JUSTICIA).

⁵⁶ Proyecto del Código del Comercio, Ecuador, 2015. Exposición de Motivos, p. 7.



Motivos”- “deben analizarse desde su perspectiva de cotidianeidad, rapidez y dinamia; donde se exige un predominio de la buena fe; y unas conductas probatorias menos engorrosas”, los que en todo caso deben consistir en “labores organizadas bajo la forma de empresas, desarrolladas por personas que se dedican a ello de manera habitual, con ánimo de lucro, y como una forma de vida que les permita satisfacer sus necesidades y deseos, interactuando con quienes buscan el mismo fin” (Exp. de Motivos., p. 12).

Habiendo definido lo anterior, con todo, el proyecto aborda la difícil tarea de definir, en concreto, si esos actos, labores, empresarios y empresas serán considerados como mercantiles desde una perspectiva puramente subjetiva, como hacen el HGB y el Anteproyecto español; una enteramente objetiva, como ocurre con el código ecuatoriano vigente y por cierto con el chileno; o una mixta, “que combina ambas, y que puede impregnarse de la noción de ‘empresa’ al identificar en el comerciante un profesionalismo y una conducta especializada que organiza factores de producción en busca de un ánimo de lucro en su interacción con terceros, que son sus clientes” (Ex. Motivos, p.13). Se destaca, además, que la noción de comerciante, en vez de ser reemplazada, debe ser complementada por la de “empresa”, que se define especialmente, en el entendido que lo mercantil no es ya la mera función intermediadora del empresario que compra mercaderías con ánimo de venderlas o permutarlas, sino, mucho más que eso, la transformación industrializada de bienes para su venta en el mercado.

En concreto, y como se dijo supra, el proyecto se decanta por la última de las alternativas mencionadas, tomando así lo mejor de los dos mundos. Se dice concretamente en este punto:

“Nosotros, dada la tradición jurídica ecuatoriana de una gran carga positiva, hemos optado por una visión en la que predomina lo objetivo a través de la identificación de actos mercantiles, pero reconociendo que a ellos se dedican, habitualmente y con ánimo de lucro, y de manera organizada -y muchas veces bajo la forma de empresas- unas personas que satisfacen así sus intereses lícitos, y que interactúan con otras que buscan satisfacer los suyos; estas últimas, aun cuando no buscan desarrollar una conducta lucrativa habitual sino satisfactoria de necesidades o deseos, permiten a aquellos el desarrollo de actividades mercantiles, y los actos que ahí se llevan a cabo deben interpretarse como tales. Y en esa línea, hemos considerado adecuado hacer una lista genérica de actos que, desarrollados con el ánimo comercial o empresarial, tiene connotación mercantil. (...) Y se produce, así, un círculo que permite comprender el fenómeno mercantil: Se describen ciertos actos que los desarrollan ciertas personas que hacen de ellos su actividad habitual, profesional y con ánimo de lucro, y los actos que esas ciertas personas ejecutan se impregnan de mercantilidad dado quien los lleva a cabo. Hemos considerado que al dar nociones más genéricas, se cumple con la idea de ensanchamiento del contenido, y se permite entender, con mucha claridad, que queda abandonada la idea de taxatividad, y se fortalece, como lo exige la doctrina, la capacidad de analogía de la enumeración de actos, y de la especialidad del derecho mercantil a ser



aplicado por encima del común, que queda reducido a los asuntos no mercantiles” (Exp. Motivos, p. 13).

Todo lo dicho, en fin, queda plasmado en los siguientes artículos del proyecto:

“DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL Y DE LOS ACTOS DE COMERCIO EN GENERAL

Art. 5. Se entiende por actividad o actividades mercantiles los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad organizada de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los intervinientes sea el de generar un beneficio económico.

Título Primero: Los actos y operaciones mercantiles.

Art. 6. Son actos, operaciones o contratos mercantiles y están sujetos a las disposiciones de este Código, aquellos que se realicen con un sentido económico, de una manera habitual, que se ejecuten con cierta organización y que determinan una intervención en el mercado.

Art. 7. En general cuando intervengan los elementos configuradores de naturaleza mercantil aludidos en el artículo 5, para efectos de lo previsto en este Código, se considerarán actos de comercio, entre otros: (...).

Se reconoce que ciertos actos o contratos que tienen esencia mercantil, pero que están regulados por leyes especiales, se someten a aquellas; sin perjuicio de que las normas de este Código, y en su defecto las del Código Civil puedan ayudar en la interpretación cuando se produzca el silencio o vacío de aquellas.”

Título Segundo: El Comerciante o empresario de comercio.

Capítulo Primero: Los comerciantes o empresarios.

Art. 9. Son comerciantes o empresarios las personas naturales o jurídicas que ejerzan individual o colectivamente una actividad mercantil. El conjunto de actos y operaciones mercantiles que realicen, representarán su actividad empresarial o comercial.

Art. 10. Se considerarán comerciantes o empresarios, y estarán sometidos por tanto a las disposiciones de este Código:

(a) Los comerciantes o empresarios, definidos como tales bajo los términos de este Código.



(b) Las sociedades que se encuentran controladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y por la Superintendencia de Bancos, en función de sus actividades de interrelación.

(c) Las unidades económicas o entes dotados o no de personalidad jurídica, que para efectos tributarios son considerados contribuyentes y que desarrollen actividades mercantiles.

(d) Las personas naturales que se dedican a actividades agropecuarias, y que, por el volumen de su actividad, tienen la obligación de presentar estados financieros auditados de acuerdo con la ley.

Art. 11. No son comerciantes o empresarios:

(a) Los agentes económicos que ejercen una profesión liberal, y aquellos que se dedican a actividades intelectuales, literarias, científicas y artísticas, así lo hagan con el concurso de colaboradores.

(b) Los artesanos.

Art. 12. Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

(1) Cuando tenga establecimiento de comercio abierto al público; y,

(2) Cuando se anuncie al público como comerciante o mediante la oferta de bienes o servicios, por cualquier medio.

“(…) Capítulo Segundo: La Empresa.

Art. 16. Empresa es la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada.

La referida actividad mercantil puede consistir en grandes empresas, medianas, pequeñas e inclusive la economía popular y solidaria.

Art. 17. Se entenderá que forman parte integrante de una empresa:

(a) El nombre o denominación con la que se da a conocer al público o da a conocer los productos y servicios que oferta;

(b) Los signos distintivos tales como marcas, lemas comerciales, u otros, así como los elementos constitutivos de la imagen de la empresa, que la diferencien o distingan de otras;

(c) Los activos, tanto fijos como corrientes que le permitan desarrollar su actividad mercantil;

(d) El conocimiento o desarrollada;

(e) La cartera de clientes; know-how empleado en la actividad

(f) Los derechos y obligaciones derivados de las actividades emprendidas, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de la empresa y que atañan a él como individuo particular;

(g) Las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de la actividad empresarial; y

(h) Los establecimientos de comercio.”



- Anteproyecto de Código Mercantil de Nicaragua, de 2014: Punto intermedio entre lo subjetivo/objetivo

Por último, otro ejemplo reciente de nueva codificación es el Anteproyecto de Código Mercantil de Nicaragua, que si bien opta por un sistema mixto o intermedio, prescinde por completo de toda y cualquier enumeración de “actos de comercio”, como el proyecto ecuatoriano. En el otro extremo, a diferencia –esta vez- del Anteproyecto español, el Anteproyecto se aparta del criterio puramente subjetivo, fijando en cambio pautas genéricas de carácter objetivo.

El Anteproyecto parte definiendo el ámbito subjetivo de aplicación del Código en términos muy amplios, que incluyen a las personas naturales organizadas o no como empresa, a las personas jurídicas y a cualquier otra forma asociativa o de organización, siguiendo en este punto la iniciativa española. Dice en concreto el proyecto:

“Artículo III. Ámbito Subjetivo de aplicación.

El ámbito subjetivo de aplicación considera la participación del sujeto, la persona empresaria individual o jurídica y otros sujetos que operan en el mercado, en el acto mercantil.

Las disposiciones del presente Código Mercantil, serán aplicables a:

1. La persona natural, con independencia de nacionalidad, domicilio, residencia y fijación de establecimiento permanente, que por sí o por medio de representantes, actúe en el mercado, en condición de persona empresaria inscrita o no.

2. La persona jurídica, con independencia de nacionalidad, domicilio y fijación de establecimiento permanente, que por medio de representantes o administradores, actúe en el mercado.

3. La persona natural, con independencia de profesión u oficio, nacionalidad, domicilio y residencia, que por sí o por medio de representantes, actúe en el mercado, en ocasión de ejecutar actos mercantiles, cualesquiera que sean éstos.

4. La persona jurídica, con independencia de nacionalidad, domicilio, fijación de establecimiento permanente, forma jurídica en que está constituida, forma organizativa adoptada, naturaleza, objeto y fines, que por medio de representantes o administradores, actúe en el mercado, en ocasión de ejecutar actos mercantiles, cualesquiera que sean éstos.

5. Cualquier entidad con formas organizativas societarias, asociativas, o colectivas, sean de hecho o creadas de hecho, con o sin personalidad jurídica reconocida por la Ley, con independencia de nacionalidad, domicilio y fijación de establecimiento permanente, que por medio de uno, varios, todos sus componentes o participantes o por medio de representantes o administradores actúe en el mercado, en ocasión de ejercer actividades mercantiles, cualesquiera que sean estas últimas.



Artículo IV. Ámbito objetivo de aplicación

El ámbito objetivo de aplicación atiende al acto mercantil que se ejecuta.

Las disposiciones del presente Código Mercantil, serán aplicables a:

1. Todo acto mercantil ejecutado en el mercado;
2. Todo acto o contrato en que intervenga cualquier persona, natural o jurídica o entidad de las relacionadas en el artículo precedente; y,
3. Todo acto vinculado al estatuto jurídico de las personas empresarias, tales como, sin que la siguiente enumeración se considere taxativa: constitución, inscripción, publicidad, otorgamiento de poderes, convocatorias, anuncios, ofertas y avisos.

(...) Artículo VII. Definiciones

Para los efectos de este Código, se entenderá por:

Actividad empresarial: Toda actividad mercantil ejercida, desarrollada y mantenida en el contexto del mercado según el giro de un negocio y a través de la empresa, por y entre las personas empresarias, y entre éstas con las personas consumidores y usuarias. Toda actividad empresarial es una actividad mercantil.

Acto mercantil: Cualquier acto de naturaleza económica ejecutado en el mercado vinculado a la producción, intermediación o intercambio de bienes tangibles, primarios, finales o de inversión a bienes intangibles o prestación de servicios, con independencia de la participación o no de una o más personas empresarias. Se consideran actos mercantiles, sin que la siguiente enumeración se considere taxativa, los relacionados a: agricultura, agua, alcantarillado, canteras, comercio, comunicaciones, construcción, depósito de bienes, diversión, electricidad, entretenimiento, financiamiento, ganadería, hotelería, manufactura, minas, pesca, publicidad, restaurantes, servicios de intermediación financiera y conexos sujetos a supervisión estatal, servicios turísticos, silvicultura, transporte, turismo, y vivienda.”

En este caso, entonces, y a diferencia -nuevamente- de la opción española, la referencia al concepto de “acto mercantil” tiene una connotación esencialmente objetiva aunque amplia y genérica, sin respecto a actos concretos y determinados. Acto mercantil, en fin, es todo acto de producción o prestación de servicios en el mercado, incluso de carácter primario o extractivo como la agricultura y sea que en ellos participe o no una empresa, por oposición al caso ecuatoriano.



V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Es preciso advertir que las conclusiones que se consignan a continuación reflejan el grado de avance del trabajo de esta subcomisión hasta la fecha y no constituyen, por ende, el resultado final y definitivo de la labor que le fuera encomendada.

□ La determinación de lo “comercial”, de cara a la aplicación del estatuto mercantil codificado, es y ha sido un factor especialmente complejo, que depende de una variada gama de factores de carácter jurídico, económico, social e incluso de tradición jurídica asentada. Por lo mismo, la revisión y actualización del Código de Comercio chileno en este punto, si bien resulta necesaria, no implica abandonar por completo el carril por el que se ha transitado durante un siglo y medio, para tomar otro radicalmente distinto. De modo que, cualquier trabajo de actualización debe considerar y recoger esta realidad; o dicho de otra forma, no se trata de archivar nuestro Código de Comercio por desuso, sino de modernizar sus contenidos y criterios de cara a las actuales necesidades y circunstancias del tráfico jurídico-mercantil.

□ Ahora bien, se debe considerar que hay diversos escenarios presentes en el tráfico comercial actual que la noción objetiva del Derecho comercial es incapaz de afrontar, sea que se opte por elaborar un concepto de acto de comercio, o bien, por una enumeración de actos que han de ser considerados mercantiles. Ello, especialmente, desde la perspectiva de la actividad de la empresa, que constituye el eje central de la actividad comercial actual⁵⁷. Sin embargo, la opción enteramente subjetiva, si bien se encuentra en el origen de la normativa comercial, presenta el inconveniente de diluir el ámbito de la mercantil, que termina entremezclándose con lo civil en una gran nebulosa, sin límites claros y definidos.

⁵⁷ El importante rol que cumple la empresa en el tráfico ha sido realizado por quienes sustentan que el objeto del Derecho comercial debe ser la empresa y su organización. Entre los autores que sustentan esta postura se encuentran Mossa, Wieland y Uría, entre otros. Esta perspectiva implica regresar a la noción subjetiva, pero con énfasis en la empresa. Por lo tanto, la existencia de una organización empresarial es la que determina la mercantilidad de los actos. Sin embargo, esta postura no está exenta de críticas. Así, se ha señalado que la empresa no es privativa de la actividad comercial, de modo que no puede servir de base para caracterizar el Derecho Comercial. Además, en la empresa confluyen diversos intereses que requieren, tanto a nivel externo como interno, de la preocupación del legislador. Esta diversa regulación (laboral, tributaria, ambiental, penal) excede el ámbito de lo mercantil. Por otro lado, hay figuras propias del tráfico mercantil que deben ser reguladas por el Derecho comercial, aún cuando no sean realizadas por una empresa (ej. títulos de crédito). Por su parte, se ha señalado también que la empresa es una realidad económica, un concepto metajurídico. En un contexto como éste, no todas las relaciones jurídicas que se reconocen en torno a la empresa vienen reguladas por el Derecho mercantil. Por lo tanto, no puede identificarse el Derecho mercantil con el derecho de las empresas. Finalmente, se pone de relieve que no dejan de ser comerciantes quienes realizan, de manera no organizada, actos de comercio. Si se postula la teoría del Derecho mercantil como derecho de empresa, estos actos no debieran venir regulados por el Derecho comercial. Acerca de los aspectos fundamentales de esta postura, así como de sus críticas, véase JEQUIER (2013), pp. 72-76.



En este contexto, el criterio objetivo, adaptado a esa realidad sobre la base de una concepción amplia y de un elenco de elementos generales constatables (de los cuales el Code de 1807 huyó precisamente), sirve de -y actúa como- límite a la subjetividad plena, sirviendo de dique natural entre lo mercantil y lo civil.

□ La tendencia objetivadora del Derecho comercial se ha incrementado en las últimas décadas, permeando ámbitos normativos y dogmáticos que le resultan incluso ajenos. Ejemplo de ello es la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de 1997 que, por una parte, revivió al acto de comercio como presupuesto de la actividad mercantil, alejándose de la noción del Derecho mercantil subjetivo, y, por la otra, limitó las formas y las fronteras que dichos actos podían tener. Al seguir dicha doctrina, la mencionada ley lo hace sobre la base de una noción objetiva de acto de comercio, sin importar la forma y quién desarrolla esos actos, desligándose de la noción de comerciante.

□ Por contrapartida, debe evitarse la tentación de codificar materias que exceden del ámbito material y subjetivo del Derecho comercial, como ocurre con el estatuto normativo del Derecho del consumidor, la libre competencia o el derecho del mercado de valores, por nombrar algunas. En todas ellas, la vinculación con el Derecho comercial es más utilitaria que dogmática (vgr. la mención al acto mixto que hace el artículo 2° de la Ley N° 19.496), con total prescindencia de la noción de comerciante como sujeto merecedor de una normativa especial, creada por él y sus pares. Por el contrario, el contenido de dicha normativa está dado por la existencia de ciertas actividades o personas que son definidas como el objeto de la regulación, estableciéndose desde esa concreta perspectiva determinadas formas y contenidos a los que la actividad empresarial debe ajustarse.

Históricamente, en fin, el Derecho comercial fue descodificado y consuetudinario, concebido y diseñado por y para comerciantes exclusivamente, de manera que la incorporación al Código de materias de naturaleza y fines tan diversos y descontextualizados, no resulta congruente, posible ni conveniente.

El Derecho mercantil moderno, entonces, debe propender a mantener el ámbito de autonomía de la voluntad que el Código de Comercio imprimió originalmente a la actividad mercantil y de los comerciantes, limitando la intervención reguladora y permitiéndole al sujeto del comercio, como históricamente ha sido, que desarrolle su labor de manera libre y que sea la propia necesidad la que le permita crear las normas bajo las cuales se va a desarrollar su tarea.

□ Si se considera la posibilidad de mantener, total o parcialmente, el sistema objetivo, no es recomendable hacerlo sobre la base de un listado taxativo de actos de comercio, como el que actualmente se recoge en el artículo 3° de nuestra codificación mercantil. Esta técnica legislativa no satisface las necesidades del tráfico mercantil actual, provoca inseguridad jurídica y puede resultar inconsistente con otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.



□ Teniendo en consideración las ventajas e inconvenientes de ambos modelos, parece razonable pensar en una combinación entre el sistema objetivo y subjetivo⁵⁸. Ello, sin duda, implica trabajar tanto en la elaboración de una noción de acto de comercio como de empresa. Por último, debiera existir una coordinación suficiente entre ambas dimensiones, de modo de conseguir una adecuada delimitación de la materia mercantil.

⁵⁸ Un ejemplo de un sistema mixto de este tipo es aquel consagrado en el Código de Comercio italiano, donde se formula un listado de actos de comercio, pero luego se indica que son comerciales los actos ejecutados por comerciantes (arts. 3 y 4 Código de comercio italiano). Además, dicho código establece, en su artículo 2082, que la “Empresa es la actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes y servicios”. Por su parte, en la misma disposición se define al empresario “...quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios”.



B. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA EMPRESA Y SUS ELEMENTOS, EN PARTICULAR LA PROPIEDAD INTELECTUAL



I. INTEGRANTES GRUPO DE TRABAJO

1. Carolina Belmar Gamboa

Abogado, Universidad de Chile; Master en Propiedad Industrial, Intelectual y Derecho en la Sociedad de la Información por la Universidad de Alicante (España). Subdirectora de Marcas Comerciales del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI).

2. Rodrigo Cooper Cortés – Presidente Grupo de Trabajo

Abogado, Universidad de Chile; Master en Derecho de la Universidad de Londres (LSE), Gran Bretaña. Profesor Asociado de pre y postgrado de la Universidad de Chile y profesor invitado en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

3. Maximiliano Santa Cruz Scantlebury

Abogado, Universidad de Chile; LL.M. de la Universidad de San Francisco, California, EEUU. Profesor de propiedad intelectual en la Universidad de Chile y en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI).

4. Santiago Schuster Vergara

Abogado, Universidad de Chile. Director del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de Propiedad Intelectual de pre y postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Director para Latinoamérica y el Caribe de *The International Confederation of Societies of Authors and Composers* (CISAC).

Los miembros del grupo, todos especialistas en diversos aspectos de la Propiedad Intelectual, decidieron en la primera reunión, trabajar no solo presencialmente, sino aprovechar las ventajas tecnológicas y, en lo posible, intercambiar textos, opiniones, comentarios y documentos, de manera no presencial, remota, principalmente a través de emails y de compartir archivos. Es por ello que el Anexo de este documento denota pocas reuniones o sesiones plenarias, pues la mayoría de la labor fue realizada de manera no presencial.



III. RESUMEN EJECUTIVO

1. Propiedad intelectual y la empresa

Los activos de una empresa pueden dividirse de modo general en dos categorías: activos físicos – que incluye, entre otros, edificios, maquinaria, vehículos, activos financieros e infraestructura – y activos intangibles – que van desde el capital y los conocimientos humanos hasta las ideas, estrategias, planes de negocios, marcas comerciales, dibujos, diseños y modelos y otros frutos intangibles del talento creativo e innovador de una empresa y su capital humano.

Hoy en día muchas de las principales empresas de la mayoría de los sectores industriales subcontratan la mayor parte de la fabricación de los productos a otras empresas, muchas veces ubicadas en el extranjero, y centran casi exclusivamente su actividad en la creación de nuevos productos, métodos o ideas de negocios, modelos y en el uso y la promoción de sus marcas comerciales con la finalidad de atraer a los clientes y así incrementar, o al menos mantener, su actividad comercial. Los productos se diseñan en la empresa pero su manufactura usualmente se realiza en otro lugar.

En estas empresas el valor de los activos tangibles puede ser limitado, pero el valor de sus activos intangibles (como la reputación de su marca, la titularidad de derechos exclusivos a tecnologías esenciales o a diseños atractivos, o ambas cosas), puede ser muy elevado o lo esencial de su éxito.⁵⁹

⁵⁹ “La Clave de la Propiedad Intelectual. Guía para Pequeños y Medianos Exportadores”. Centro de Comercio Internacional. UNCTAD / OMC / OMPI, Suiza, 2004.
http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/es/documents/pdf/secrets_ip.pdf



2. Naturaleza de la propiedad intelectual

Los derechos de propiedad intelectual suelen definirse como derechos legales que resultan de la actividad intelectual en el campo industrial, científico, literario y artístico⁶⁰. En la misma línea, conforme al artículo 2 del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1967, una de las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas, la propiedad intelectual incluye los derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas e intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes; a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio; así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

Las normas de propiedad intelectual regulan la creación, uso y explotación de los resultados creativos del intelecto. La expresión ‘propiedad intelectual’ ha sido usada por casi ciento cincuenta y cinco años para referirse en general a un área del derecho que comprende el derecho de autor, los derechos conexos, las patentes, los diseños industriales, las marcas comerciales, etcétera. Estas normas reconocen y crean derechos de propiedad sobre un amplio y diverso ámbito de objetos, desde novelas, programas computacionales, pinturas, películas, programas de televisión e interpretaciones artísticas hasta el diseño de vestuario, medicamentos, plantas y animales⁶¹.

⁶⁰ “WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use”. WIPO, Suiza, 2004 (segunda edición).

⁶¹ “Intellectual Property Law”. Lionel Bently y Brad Sherman. Oxford University Press. Inglaterra, 2001 (tercera edición, 2003). Pag. 1.

3. Derechos de larga data

La primera ley de Patentes conocida fue dictada por el Senado veneciano en 1474. Durante el siglo XVII se dictaron más sistemáticamente leyes sobre la materia en España, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Pero es en la legislación estadounidense de 1790 y particularmente en la francesa, durante el Antiguo Régimen, cuando surgieron los primeros conceptos relacionados con la protección de invenciones⁶².

En el Derecho de Autor, el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, de 1710, se refiere por primera vez a ciertos derechos al autor respecto de una obra.

Históricamente, la legislación en Chile sobre propiedad industrial contempló las marcas comerciales, las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales, siendo objeto de posterior consideración las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas⁶³.

Respecto al Derecho de Autor, ya en la Constitución Política de la República chilena de 1833 se hace mención a estos derechos, reafirmandose en la Constitución de 1925 y, por cierto, en la Constitución de 1980, en que se establece de manera expresa y con especial fortaleza, la garantía constitucional sobre estos derechos.

⁶² “Historia Grafica de la Propiedad Industrial”. INAPI. Chile, 2010 (2 edición, 2015). Pag. 14.

⁶³ Idem. Pag. 15.



4. Multiplicidad de cuerpos normativos

La necesidad de que esta área del derecho sea capaz de recoger las creaciones del intelecto, lleva a que esté íntimamente ligada con los nuevos desarrollos de la ciencia, la tecnología, el conocimiento y el comercio, y por tanto su desafío permanente es ser capaz de responder a las necesidades de una economía y sociedad en permanente cambio. Unido a ello, la necesidad de equilibrar intereses en constante tensión y el creciente interés internacional por su armonización, sean muy probablemente las causas que han determinado que las regulaciones sobre los derechos de propiedad intelectual se encuentren en múltiples fuentes normativas.

El desarrollo e implementación de las leyes de propiedad intelectual ha debido balancear dos intereses presentes y que suelen estar en tensión. Por un lado “el interés público por acceder a la información y tecnología, y por el otro, el interés de los autores e inventores de obtener los mayores retornos de sus inversiones”⁶⁴, implica diseñar leyes de una manera que promueva efectivamente la innovación y la transferencia y difusión de la tecnología protegida, de una manera que conduzca al bienestar social y económico⁶⁵.

En la actualidad más de cincuenta normas⁶⁶, del más diverso rango, se refieren y regulan categorías de derechos de propiedad intelectual en Chile. Partiendo por la Constitución Política de la República, el Código Civil, leyes propiamente dichas, decretos y tratados y convenios internacionales multi, pluri y bilaterales.

⁶⁴ “Resource Book on TRIPS and Development”. UNCTAD - ICTSD. Cambridge University Press. Inglaterra., 2005 Pag. 10

⁶⁵ Artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC, de la Organización Mundial de Comercio.

⁶⁶ “Propiedad Intelectual. Compilación Normativa”. INAPI, Chile, 2015 (segunda edición).



5. Actualización y cambio permanente

Las leyes de propiedad intelectual parecen estar en constante cambio. Se trata además de un área del derecho donde se observa una fuerte armonización a nivel internacional. De esta forma, cada año se presentan nuevas iniciativas internacionales y desarrollos regionales. Por ejemplo, a fines del año 2015, Chile ratificó el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales y el año 2016 fue promulgada la Ley 20.959 de directores y guionistas de obras audiovisuales, que amplió los derechos hasta ahora reconocidos a estos autores (la normativa fue promulgada el 10 de octubre y publicada en el Diario Oficial el 29 del mismo mes).

En el plano regional, los países miembros de la Alianza del Pacífico concordaron durante el año 2016 un procedimiento acelerado de tramitación de patentes de invención, que se espera permita agilizar las solicitudes para el registro de este tipo de derechos intrarregionales.

6. Activos intangibles

Uno de los principales elementos que estas normativas comparten es que establecen una protección legal sobre activos intangibles; y aunque existe una cercana relación entre los objetos tangibles en que estos derechos recaen, los derechos de propiedad intelectual son distintos y existen de forma separada e independiente de los derechos de propiedad sobre los objetos tangibles en que se encuentran incorporados (un CD, una tela, hoja de papel, una máquina, una droga farmacéutica, etc.)⁶⁷. Esta relación entre los derechos de propiedad intelectual y los objetos en que estos se aplican, por ejemplo se traduce en que en virtud de los primeros podría afectarse la circulación de bienes a través de las fronteras, según el régimen de agotamiento de derechos de propiedad intelectual que se adopte. Así, una norma restrictiva o proteccionista, podría impedir la importación de productos legítimos, puestos en mercados internacionales por el titular del derecho de propiedad intelectual correspondiente, o con su autorización.

En el caso de Chile, se adoptó el principio del agotamiento internacional de los derechos de propiedad intelectual, de forma consistente con la política de apertura comercial del país, precisamente para facilitar la libre circulación de los bienes en que estos derechos de aplican, incluido el comercio electrónico, e impidiendo de esta manera la utilización de derechos de propiedad intelectual como barreras jurídico-económicas a la circulación transfronteriza de productos.

⁶⁷ Idem. Pag. 2.

7. Derecho Comercial y codificación

No obstante que la legislación, tanto chilena como comparada, muestra que la Propiedad Intelectual se nutre de varias áreas del Derecho Civil, del Derecho del Consumidor, del de la Libre Competencia y de varias otras áreas del espectro jurídico, los Derechos de Propiedad Intelectual constituyen una rama del Derecho Comercial.

No obstante no existe evidencia en derecho comparado sobre una solución codificadora

Los derechos de propiedad intelectual sin duda constituyen parte importante del patrimonio de los sujetos del derecho mercantil; no obstante, el Código de Comercio vigente en nuestro país no los menciona siquiera una vez. A pesar de ello, cabe preguntarse si deben ser incorporados en una nueva codificación.

Para estos efectos esta subcomisión revisó, entre otras, las legislaciones de Brasil, Francia, España, Italia, Estados Unidos, Filipinas, Colombia, Ecuador, Macao y Argentina. Para mayores antecedentes ver anexo, al final de este documento.

Desde la perspectiva de los informantes, la compleja red de normas vigentes sobre las diversas categorías de propiedad intelectual y la necesidad permanente de revisarlas, no parecieran hacer recomendable que normas sustantivas ni adjetivas de derechos de propiedad intelectual sean integrados en una nueva codificación de comercio, pues ello podría afectar la necesaria y periódica revisión de los estatutos de propiedad intelectual.

No obstante lo anterior, dependiendo de la solución que se adopte tanto en cuanto al objetivo de una nueva codificación como a la aproximación respecto de los sujetos de derecho comercial, particularmente en cuanto a su patrimonio, esta subcomisión estima que ciertos principios básicos y uniformes de los derechos de propiedad intelectual podrían ser considerados. Por ello se recomienda hacer seguimiento de las conclusiones de la mesa sobre sujetos de comercio.



III. CONCLUSIONES

Las normas de propiedad intelectual existentes, aunque perfectibles en muchísimos aspectos, son suficientes. Por el contrario, la extensa y compleja red en que estos derechos se regulan, pareciera llevar a aconsejar que éstas puedan ser sistematizadas en una compilación que simplemente facilite su acceso y conocimiento por los actores de comercio, pero sin que éstas pierdan su autonomía e independencia. Tal es el caso de Francia y España, cuyas legislaciones han adoptado compendios sistematizados de las diversas normas de propiedad intelectual.

La experiencia en derecho comparado muestra que solo excepcionalmente se han incluido normas de propiedad intelectual en los códigos mercantiles, y cuando así se ha hecho, se han recogido por regla general los principios básicos, generales y uniformes que informan este tipo de derechos.

Así, esta subcomisión no recomienda en principio incluir disposiciones sobre derechos de propiedad intelectual en una nueva codificación.

Se sugiere monitorear el resultado de las comisiones sobre codificación (estructura) y de sujetos del derecho mercantil, para el efecto de revisar la pertinencia de la eventual incorporación de los referidos principios básicos, generales y uniformes de los derechos de propiedad intelectual, en tanto activos de las empresas y de los sujetos de comercio.

En cualquier caso merece la pena destacar explícitamente en cualquier nueva codificación la relevancia que los derechos de propiedad intelectual en tanto activos intangibles representan para los sujetos de comercio; así como también los principios que justifican estos derechos.



IV. ANEXO

Minutas, apuntes y actas del Grupo de Trabajo sobre la Propiedad Industrial de la Comisión de Estudio Nueva Codificación Comercial: 3° Subcomisión – Sujetos del Comercio y de los Negocios; la Empresa y sus elementos, en particular la Propiedad Intelectual.

1. Minuta reunión Subcomité propiedad intelectual de 29 de septiembre de 2016

Participantes:

- Rodrigo Cooper- Presidente.
- Carolina Belmar.
- Maximiliano Santa Cruz.
- Santiago Schuster.

Día: 29 de septiembre, a las 15 horas.

Lugar: Santiago – Oficina del Sr. Santa Cruz

Para esta primera reunión sectorial, de forma previa entre los miembros se circularon las siguientes preguntas para ser consideradas a lo largo del debate de esta subcomisión:

- Particularidades de la propiedad intelectual en relación a la propiedad tangible.
- Propiedad intelectual y su estrecha relación con la I + D + i.
- Necesidad de incluir a la propiedad intelectual en un nuevo Código de Comercio.
- De incluirse, necesidad de incorporar propiedad industrial y/o derecho de autor.
- Relación de la propiedad intelectual con la empresa; actos de comercio y sujetos de comercio.
- Alrededor de 60 cuerpos legales dicen relación con la propiedad intelectual. ¿Necesidad de incorporarlas todas en un código?.
- Derecho comparado, experiencia extranjera.
- ¿Necesidad de un “corpus iuris intelectualis” (Código de PI)?

En esta primera reunión solo algunas de las preguntas precedentes fueron abordadas. El primer aspecto consensuado fue el relativo a que este ejercicio de análisis no debía limitarse



exclusivamente los derechos de propiedad industrial en Chile, sino que a la propiedad intelectual en su conjunto, pues el derecho de autor, los derechos conexos y los derechos sobre programas computacionales, así como las obtenciones vegetales (variedades vegetales) son activos intangibles tan relevantes como los denominados en Chile derechos de propiedad industrial.

□ Se constató que el actual Código de Comercio no menciona en ninguna de sus partes la propiedad intelectual y se conversó sobre la pertinencia de incorporar la normativa que la regula en un Código de Comercio. Respecto a dicho punto hubo consenso en cuanto a que en principio no pareciera conveniente su incorporación por cuanto su desarrollo ha llevado a considerarla una rama prácticamente separada del derecho, incluyendo algunos de sus tipos aspectos técnicos y científicos, cuyas particularidades parecieran aconsejar que se mantenga con una normativa propia.

De hecho, la actual ley 19.039 de propiedad industrial constituye ya una compilación de las diversas sub especies de derechos de propiedad industrial en Chile pues, como es sabido, las leyes de patentes, de marcas y de modelos industriales nacieron como cuerpos normativos separados, que luego se unificaron bajo una misma normativa. Hoy en día, para los derechos de propiedad intelectual tenemos tres fuentes normativas principales: la ley 17.336 de propiedad intelectual (refiere a derecho de autor y derechos conexos), la ley 19.039 de propiedad industrial y la ley 19.342 de obtenciones vegetales; sin embargo, existen más de 50 leyes y tratados que abordan o tratan los derechos de propiedad intelectual.

□ Sobre lo anterior se mencionaron algunos ejemplos en derecho comparado donde se han desarrollado códigos de propiedad intelectual, como es el caso de Filipinas y Francia; y otros donde se han elaborado códigos que abordan exclusivamente los derechos de propiedad industrial, como Brasil, Macao e Italia; y finalmente, el caso español, que cuenta con códigos de derecho de autor y de propiedad industrial, separados. Un punto que llamó la atención sobre los casos de Francia y España es que ambas codificaciones son sistematizaciones de las leyes que separadamente abordan cada sub tipo de propiedad intelectual; es decir, no se derogaron para fusionar en un único cuerpo normativo las diversas leyes que regula cada tipo de propiedad intelectual, sino que se compilaron.

□ No obstante, indicaron que podría evaluarse la posibilidad de que algunos principios pudieran contenerse en disposiciones a ser incorporadas en una nueva codificación de comercio, para ser abordado en las reuniones siguientes, pues sin duda dentro de los elementos de las empresas se encuentran los derechos de propiedad intelectual, que son activos intangibles de gran valor y que en muchas empresas incluso constituyen sus activos principales. En este punto se mencionó sin embargo el caso español, donde la muy reciente experiencia para incorporar normas de propiedad industrial había fracasado.

□ Se preguntaron para qué codificar una ley especial y respondieron que básicamente sirve para sistematizar y ordenar. Este último fin, que es muy loable, puede conseguirse mediante otras técnicas normativas, como por ejemplo mediante un decreto con fuerza de ley, que



ordene refundir o compilar las decenas de leyes que abordan diversos aspectos de los derechos de propiedad intelectual.

□ Rodrigo Cooper, mediante correo electrónico de 7 de octubre de 2016 planteó lo siguiente: Conforme a lo conversado en la última reunión, propongo que insistamos en la conveniencia de que, dentro de los elementos de la Empresa sean considerados aquellos intangibles, que hoy son muchas veces más importantes y valiosos que los bienes corporales. Me refiero especialmente a:

- Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial, en general (secretos comerciales, Privilegios de PI, D° de autor, etc.)

- Experiencia y competencia
- Sistemas de información tecnológica
- Cultura Corporativa
- Procesos administrativos
- Relaciones con medios financieros
- Educación y capacitación
- Canales de distribución
- Lealtad de proveedores y consumidores
- Experiencia y competencias
- *Goodwill*, etc.

2. Minuta reunión de 9 de noviembre de 2016

□ Participantes:

- Rodrigo Cooper – Presidente.
- Carolina Belmar.
- Maximiliano Santa Cruz.
- Santiago Schuster.

□ Día: 9 de noviembre, a las 15 horas.

□ Lugar: Santiago – Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Depto. Derecho Comercial.

□ Se continuó con el análisis en otros países sobre el tratamiento de los DPI en la legislación comparada. En el caso de Francia, se observa que existe un código para el derecho de autor y otro para los derechos de propiedad industrial, no es en sentido estricto una codificación sino que sistematiza diversos cuerpos legales, manteniendo éstos su fuente.



□ Análisis del tratamiento de los DPI (y derechos relacionados) en otros códigos de Comercio:

- *México*

No contiene disposiciones sobre PI.

([Http://www.profeco.Gob.mx/jurídico/pdf/c_comercio.pdf](http://www.profeco.Gob.mx/jurídico/pdf/c_comercio.pdf))

- *Colombia*

Contiene disposiciones:

○ Cap. I de Establecimientos de Comercio y su Protección Legal. Título I Establecimiento de Comercio. Libro III De Los Bienes Inmateriales. Art 516, considera como parte del establecimiento de comercio, las marcas y el nombre comercial, las invenciones y las creaciones artísticas, que utilicen en las actividades del establecimiento. El derecho a impedir la desviación de clientela y la protección de la fama comercial.

○ Cap. I de Establecimientos de Comercio y su Protección Legal. Título II Propiedad Industrial. Libro III De Los Bienes Inmateriales. (Art. 534 y siguientes): comprende patentes, dibujos y modelos industriales, signos distintivos – marcas, nombres comerciales y enseñanzas).

○ Título XV. Contrato de Edición. Libro IV de los Contratos y Obligaciones Mercantiles (Art. 1354 y siguientes).
(<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=41102>)

- *España*

España publicó en junio de 2016 un Código Electrónico de Comercio, que contiene cuerpos normativos independientes: Código de Comercio, Registro Mercantil, Competencia y Consumidores, Sociedades Mercantiles, Letra de Cambios y Cheques, Mercado de Valores, Contratación Mercantil, Derecho Concursal.

Contempla además la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (Ley 34/2002)

(<https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=35>)



-Argentina

Código civil y Comercial de 2014 (en vigor desde 2015)

- Persona jurídica: atributos de la persona jurídica: NOMBRE: nombre comercial, marca, nombre de fantasía (exige que sea veraz, novedoso y aptitud distintiva) – Art 151: Libro I. Parte General. Título II. Persona Jurídica.
- Leasing; considera como objeto de estas operaciones las marcas, modelos, patentes y software – Art 1228. Capítulo 5. Título IV, Contratos en Particular. Libro III. Derechos Personales.
- Franquicia. Define y regula este contrato. Art. 1512. Capítulo 19. Título IV. Contratos en Particular, indicando que comprende todo tipos de derechos de Pi y también el denominado “sistema de negocios”. Libro III. Derechos Personales.
- El secreto solo se regula a propósito de la franquicia.
- Tribunal competente para conocer en materia de inscripción y de la validez de marcas, patentes y otros derechos análogos registrales. Art. 2609.

(http://www.Saij.Gob.Ar/docs-f/código/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)

-EEUU

US 15 Code se refiere a “Commerce and Trade”

- Capítulo 22 (el capítulo 3 sobre marcas fue reemplazado en 1946 por este nuevo Capítulo): Contiene todas las normas sobre registro, procedimiento, tipos de marcas, jurisdicción, protocolo de Madrid.
- Capítulo 23 – Difusión de la información técnica, científica y de la ingeniería: Establece las responsabilidades del Depto. de Comercio como centro de información técnica que es útil para la industria y negocios americanos.
- Capítulo 28 – Divulgación de información sobre automóviles obligación de proporcionar información sobre la seguridad del vehículo, de forma previa a la fecha de entrada de nuevos modelos.
- Capítulo 36 - Etiquetado y publicada de tabaco.

(<https://www.law.cornell.Edu/uscode/text/15>)



- De lo anterior, se observó por sus integrantes que, aún en aquellos países en que existen códigos de comercio, por regla general se mantienen las legislaciones especiales donde se regulan los derechos de propiedad intelectual, por lo cual pareciera que aún en aquellos casos, lo que se incorporan son ciertos principios generales.
- La complejidad y profundidad de la red de normas chilenas que regulan los DPI determinan que en opinión de estos expertos no exista un interés jurídico para incorporar normas sustantivas ni adjetivas en un nuevo código de comercio.
- No obstante lo anterior, de regularse e incorporarse normas sobre establecimientos de comercio, empresas y sus activos, deben considerarse los derechos de propiedad intelectual, pues éstos pueden ser uno de los más relevantes para una empresa.
- Las creaciones del intelecto, protegibles por derechos de propiedad intelectual, son de aquellos bienes intangibles cuya especificidad ha llevado a que más de 50 cuerpos normativos los regulen, siendo poco probable que una codificación comercial logre recoger adecuadamente los elementos críticos de esta normativa.
- Por regular materias referidas al ámbito del desarrollo tecnológico y del conocimiento, además sus normas suelen ser y deben ser revisadas periódicamente. Una codificación podría atender contra esta necesidad, particularmente cuando el campo de acción de la jurisprudencia como fuente de derecho se encuentra limitada.
- En consecuencia, la situación actual pareciera aconsejar efectuar una compilación de normas de propiedad intelectual y de propiedad industrial conforme a la determinación que se adopte por el subgrupo sobre si el enfoque para definir el ámbito de lo comercial se centrará en el sujeto o en el acto de comercio.
