

TEORIA DEL ACTO DE COMERCIO Y DERECHO SOCIETARIO

(APUNTES DE CLASES)

Prólogo

Estos Apuntes están concebidos con la finalidad de servir de texto de apoyo para la asignatura “**Teoría del Acto de Comercio y Derecho Societario**”. La materia está dividida en cuatro partes.

La primera está consagrada al estudio del Derecho mercantil: concepto, método y fuentes; teoría del acto de comercio; y, del estatuto del empresario individual (los comerciantes).

La segunda parte, trata de las sociedades mercantiles en general y de la empresa individual de responsabilidad limitada.

En la tercera parte, se estudia la sociedad anónima. Y, en la cuarta y última parte, trata de la “Teoría de los títulos de crédito”. Por la importancia práctica que tiene esta última materia en el ejercicio profesional de los futuros abogados, el autor prefirió tratarla en forma separada y con mayor profundidad, y no cuando se analizó el Artículo 3° N° 10 “Operaciones sobre letras de crédito, pagarés y cheques...”.

Finalmente, debo advertir a los destinatarios de estos apuntes –mis alumnos– que este texto no pretende ser una obra de creación original, sino más bien de exposición de las diferentes instituciones de Derecho mercantil, en forma orgánica y sistematizada, y, exclusivamente con fines didácticos, como pauta de orientación para el estudio del ramo que nos ocupa. En efecto, los apuntes están basados en las obras de distinguidos mercantilistas de nuestro país, a saber: don Ricardo Sandoval López, “Manual de Derecho Comercial”, Editorial Jurídica de Chile; don Julio Olavaria Ávila, “Manual de Derecho Comercial”, Editorial Jurídica de Chile; don Gabriel Palma Rogers, “Derecho Comercial”, Editorial Nascimento, don Raúl Varela Varela, “Derecho Comercial”, Editorial Universitaria; don Arturo Davis, “Sociedades civiles y comerciales”, Editorial del Pacífico; don Álvaro Puelma Accorsi, “Sociedades”, Editorial Jurídica; don Osvaldo Contreras Strauch, “Instituciones de Derecho Comercial”, Ediciones Universidad Diego Portales. Asimismo, se consultó la obra del autor español, don Guillermo J. Jiménez Sánchez, “Derecho Mercantil”, Editorial Ariel; y del autor argentino, don Carlos Gilberto Villegas, “Tratado de las sociedades”, Editorial Jurídica de Chile. Asimismo, con la finalidad de no distraer la atención de los alumnos, se ha omitido absolutamente toda cita a pie de página.

INDICE DE LA PRIMERA PARTE

CONCEPTO, METODO Y FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. ACTOS DE COMERCIO. ESTATUTO DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL

Capítulo 1. **EL DERECHO COMERCIAL, ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA**

I. El concepto de Derecho comercial. Introducción

II. Estudio histórico del nacimiento y desarrollo del Derecho mercantil

- a) Las primeras concreciones históricas
- b) El derecho mercantil de la edad moderna
- c) El derecho mercantil en la codificación decimonónica

Capítulo 2. **DERECHO MERCANTIL Y DERECHO DE LA EMPRESA**

I.- La doctrina de los actos en masa

II.- La doctrina de la empresa

- a) Las primeras formulaciones de la doctrina de la empresa
- b) La crítica a la teoría de la empresa

III.- Algunas definiciones del Derecho mercantil

V.- Derecho mercantil internacional

VI.- La Lex mercatoria (Ley de comercio internacional)

Capítulo 3. **LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL**

I.- Noción de fuentes del derecho

II.- Prelación de la fuente del derecho comercial chileno

A.- Primera fuente: Las leyes mercantiles

B.- Segunda fuente: La costumbre mercantil

1.- Generalidades

2.- Las costumbres mercantiles

- a) Concepto de costumbre mercantil
- b) Elementos que integran la costumbre
- c) Prueba de la costumbre

3) Las costumbres interpretativas

4) Las costumbres técnicas

5) Diferencia entre la costumbre civil y la costumbre mercantil

C.-Tercera fuente: el Código Civil

Capítulo 4. LOS ACTOS DE COMERCIO

I.- Importancia de los actos de comercio de actos

II.- Concepto de acto de comercio

III.- Problemas que plantea la reglamentación vigente

a) El rol de la voluntad de las partes

b) Teoría de lo accesorio

c) Actos de doble carácter o actos mixtos o de actos unilaterales de comercio

4) El problema de la mercantilidad de los inmuebles

IV.- Clasificación de los actos de comercio

VI.- Análisis de los actos de comercio enumerados en el artículo 3° del Código de Comercio

- a)** Artículo 3° N° 1° la compra y permuta de cosas muebles, hechas con animo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.
- b)** Artículo 3° N° 2° la compra de un establecimiento de comercio.
- c)** Artículo 3° N° 3° el arrendamiento de cosas muebles hecho con animo de subarrendarlas.
- d)** Artículo 3° N° 4° la comisión o mandato comercial.-
- e)** Artículo 3° N° 5 las empresas de fabricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos similares.
- f)** Artículo 3° N° 6 las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables.
- g)** Artículo 3° N° 7 las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martillos.
- h)** Artículo 3° N° 8 las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa.
- i)** Artículo 3° N° 9 las empresas de seguro terrestre a primas, incluso aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos.
- j)** Artículo 3° N° 10 las operaciones sobre letras de cambio, pagares y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa

y objeto y las personas que ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio.

- k) Artículo 3° N° 11° las operaciones de banco, las de cambio y corretaje
- l) Artículo 3° N°s 13° al 19° actos relativos a la navegación marítima
- m) Artículo 3° N° 20 Las empresas de construcción de bienes inmuebles

VII.- Actos de comercio no enumerados en el artículo 3°

VIII.- La enumeración que hace el artículo 3° del Código de comercio ¿es taxativa o simplemente enunciativa?

- a) Doctrina que sostiene que la enumeración es declarativa.
- b) Doctrina que sostiene que la enumeración es taxativa

Capítulo 5. ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LA EMPRESA

I.- Introducción

II.- Concepto jurídico de empresa

III.- Caracteres de la empresa en sentido jurídico

IV.- Clasificación de empresa

Capítulo 6. EL EMPRESARIO INDIVIDUAL DE COMERCIO: DE LOS COMERCIANTES

I.- Generalidades

II.- Concepto y requisitos de comerciante

III.- Normas sobre capacidad contenidas en el Código de Comercio

- a) Los incapaces no pueden ser comerciantes
- b) Los menores que administran su peculio profesional o industrial
- c) La mujer casada

IV.- Interés en averiguar la calidad de comerciante

V.- Limitaciones para comerciar

Capítulo 7. LAS OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES

I.- Obligación de inscribir ciertos documentos, Artículo 22

II.- Obligación de llevar libros de contabilidad

a) Libros obligatorios

- Función del Libro diario
- Función del Libro mayor o de cuentas corrientes
- Función del Libro de balances
- El libro copiador de carta

b) Forma en que debe llevarse la contabilidad

c) El secreto de la contabilidad y examen el de los libros

d) Casos de manifestación o reconocimiento general

e) Casos de exhibición parcial

d) Conservación de los libros de contabilidad

III.- Valor probatorio de los libros de contabilidad

- 1) Prueba de los libros de contabilidad en favor del comerciante**
- 2) Prueba de los libros de contabilidad en contra del comerciante**
- 3) Valor de los libros auxiliares**
- 4) Los libros de contabilidad como presunción**
- 5) Críticas al sistema de nuestro Código**

Capítulo 8 LOS AUXILIARES DE LOS COMERCIANTES

I.- Los agentes o auxiliares dependientes del comerciante

II.- El mandato. Generalidades

III.- El mandato comercial

Capítulo 9 MANDATO DE LOS FACTORES O GERENTES DE COMERCIO

I.- Definición de Factor

II.- Forma y prueba de este mandato

III.- La capacidad

IV.- Facultades y deberes de los factores

V.- Reglas especiales aplicables a los dependientes de comercio

VI.- Casos en que se entiende que los factores y dependientes contratan en nombre del principal, a pesar de hacerlo a su propio nombre

VII.- Prohibiciones del factor

VIII.- Terminación del mandato del principal con sus factores y dependientes

- 1) Concepto
- 2) Aceptación tacita de la comisión; obligación que pesa sobre el comisionista aun cuando no acepta ésta
- 3) Capacidad para ser comisionista
- 4) Revocación de la comisión
- 5) Renuncia de la comisión
- 6) La muerte del comitente no pone término a la comisión; pero sí la del comisionista, a menos que se trate de una firma de éstos
- 7) Obligación de concluir la comisión
- 8) Obligación de cuidar los efectos sobre que versa la comisión
- 9) Presunción sobre las condiciones en que el comisionista recibe la mercadería
- 10) Forma en que el comisionista debe cumplir el encargo
- 11) El comisionista debe cumplir el encargo por si mismo
- 12) Responsabilidad del comisionista en el caso de la delegación del mandato
- 13) Nombres en que puede obrar el comisionista; obligaciones frente a terceros
- 14) Autocontratación
- 15) Rendición de cuentas
- 16) Obligaciones del comitente frente al comisionista
- 17) Derecho de retención a favor del comisionista
- 18) Concepto del derecho de retención, sus semejanzas con otras instituciones
- 19) Naturaleza del derecho legal de retención
- 20) El derecho legal de retención a favor del comisionista
- 21) Reglas especiales a cada caso de comisión
- 22) Auxiliares independientes. intermediarios o mandatarios
- 23) Los corredores en general
- 24) Corredores privados
- 25) Corredores de bolsa y agentes de valores
- 26) Corredores de propiedades
- 27) Corredores de seguros
- 28) Los martilleros
- 29) Agencias y agentes de negocios

EL DERECHO COMERCIAL, ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA

I. El concepto de Derecho comercial. Introducción

El Derecho objetivo es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a los miembros de una sociedad, para dar orden a sus convivencia y para regular y organizar sus actividades.

La concepción unitaria del Derecho objetivo –el reconocimiento de su unidad sustantiva- no ha impedido una constante tendencia a su clasificación, a su parcelación en divisiones o ramas, aun entendidas éstas como componentes de un todo. Ese afán clasificatorio, que responde a criterios y a propósitos diversos y cambiantes a lo largo de la historia se refleja en una amplia adjetivación del sustantivo Derecho (público, privado; constitucional, administrativo, penal, procesal; civil, mercantil...). Al calificar se pretende clasificar, dividir el todo en partes e identificar cada una de éstas, lo que implica *definir*, describir sus contenidos y trazar sus contornos, los límites externos que separan a cada división o rama de otras integrantes del conjunto.

El Derecho *mercantil* constituye una de esas ramas en la clasificación del Derecho objetivo.

Tradicionalmente, la conceptualización del Derecho mercantil se ha venido realizando a través de diversos criterios:

1. La referencia a las grandes divisiones del Derecho objetivo. Sabido es que entre todas éstas, ninguna goza de mayor aceptación que la que distingue entre Derecho público y Derecho privado, clasificación ya conocida en Roma y que se ha convertido en clásica.

La aceptación de esta dualidad no significa, sin embargo, coincidencia en los criterios de distinción. Los muy diversos que se han formulado giran en torno a dos esferas de la vida social: lo colectivo y lo individual. El centro de la primera esfera lo ocupa el Estado; el de la segunda, la persona, cada miembro de la comunidad. Pero no basta la simple presencia de esos sujetos –el Estado, la persona- para que una relación jurídica pueda caracterizarse como regida, respectivamente, por el Derecho público o el privado. En la esfera de lo colectivo, el Estado se presenta como estructura de poder en una comunidad organizada, actuando en defensa de sus fines propios y de intereses generales e investido de autoridad (*imperium*). El Derecho que regula esa organización y los entes que la integran, sus funciones y sus relaciones de poder con los ciudadanos, es Derecho público. De otra parte el Derecho de la persona, como miembro de la comunidad, que rige su estado o posición jurídica dentro de ésta, su actuación en la realización de sus fines y en sus relaciones de igualdad con otros sujetos, es Derecho privado.

Dentro de esta bipartición, el Derecho mercantil se adscribe al Derecho privado, al derecho de la persona (de los particulares, de los individuos, *ius singulorum*). Pero hay que advertir que la dualidad clásica Derecho público – Derecho privado, no sólo carece de criterios netos y fijos de distinción, sino que no se refleja en una tajante separación de sus respectivas esferas, ni en el plano de las normas positivas ni en el de las realidades reguladas. La unidad esencial del Derecho y la complejidad de la vida social superan todo intento de división radical, sobre todo en los regímenes políticos de inspiración socializadora, en los que la injerencia del Estado en la esfera privada es dominante. A través del control de sus instituciones –en defensa de intereses generales- y del ejercicio por el propio Estado de actividades económicas, utilizando formas tradicionales del Derecho privado, se difuminan los límites entre éste y el Derecho público.

Admitida, con estas reservas, la dualidad Derecho público-Derecho privado y la adscripción a este último del Derecho mercantil, se abre un segundo criterio de concepción.

2. La diferencia entre Derecho mercantil y Derecho civil. Si este último constituye la rama, por excelencia, del Derecho privado –su base, el Derecho privado *común*- es lógico que cualquier otra rama que se injerte en el Derecho privado haya de definirse en relación con el Derecho civil. En este sentido, el criterio técnico-jurídico de distinción es el que caracteriza al Derecho mercantil como Derecho privado especial, frente al Derecho privado *común*, que es el civil. Se dice que un Derecho es especial cuando acota su propia materia, cuando autolimita la aplicación de sus normas a determinadas instituciones y relaciones jurídicas; mientras que el Derecho común, como ordenamiento básico y de carácter totalizador, no necesita definir su propia esfera de aplicación.

Así, el Derecho mercantil como Derecho especial contiene una regulación distinta de la del Derecho civil común y para un sector de la realidad social concreto y determinado. Regulación distinta no significa “excepcional”. La norma excepcional es, en sentido propio, la que altera la general en situaciones anómalas (el Derecho de guerra, el que se dicta en situaciones catastróficas, o las disposiciones de “privilegio”, que crean una situación jurídica de beneficio restringido con ruptura del principio de igualdad). El Derecho especial, por el contrario, no supone una excepción ni una contraposición al común, sino una adecuación de los principios de éste a las exigencias de una determinada materia.

La caracterización del Derecho mercantil como Derecho *privado especial* conduce lógicamente al tercero de los criterios definitorios.

3. La delimitación de la materia regulada por el Derecho mercantil. Si todo Derecho especial acota su propia materia, necesario es preguntarse cuál sea la regulada por el Derecho mercantil.

Es en este plano donde se proyecta con mayor fuerza la relatividad del concepto de Derecho mercantil. La aparición y la evolución histórica de éste como rama del Derecho privado, su variación en los distintos ordenamientos

jurídicos y sus diferentes formulaciones positivas en aquellos que lo reconocen como Derecho especial son factores que obligan a prescindir de todo intento de conceptualización dogmática y a combinar el análisis histórico con un método inductivo basado en la observación de la realidad. El estudio del origen del Derecho mercantil, de su desarrollo a lo largo del tiempo y de su situación actual, no sólo pretende recabar los datos necesarios para inducir un concepto del Derecho mercantil sino, sobre todo, para averiguar el porqué de su existencia, las razones que justifican que, junto a un Derecho privado común, nazca y subsista un Derecho especial calificado de mercantil. No bastará, pues, con acotar la materia regulada y los cambios de ésta a través de la historia; será necesario investigar por qué reclama una regulación especial y por qué evoluciona en sus contenidos y límites.

II. Estudio histórico del nacimiento y desarrollo del Derecho mercantil

A) LAS PRIMERAS CONCRECIONES HISTÓRICAS

El origen del Derecho mercantil, como rama del Derecho privado desgajada del Derecho común, se sitúa en la Baja Edad Media (a partir del siglo XI) y en las ciudades del centro y del norte de la península italiana (Génova, Pisa, Florencia, Amalfi, Milán, Venecia, entre otras). Su ámbito de aplicación está constituido por las relaciones jurídicas nacidas de una concreta actividad económica –el *comercio*–, y su delimitación frente al Derecho civil se hace en función de los sujetos protagonistas –los comerciantes, los mercaderes– y de su ejercicio profesional. Surge así un Derecho privado especial, que acota la materia regulada por razón de las personas –*ius mercatorum*– y de la actividad –*ratione mercaturae*– a las que se aplica.

La afirmación reiterada de que el Derecho mercantil es una *categoría histórica* expresa su carácter contingente y, ante todo, el hecho de que no siempre ha existido como rama especial dentro del sistema del Derecho privado. La circunstancia de que surja para regular una actividad económica, el comercio, cuyos orígenes históricos y cuyo ejercicio son muy anteriores al nacimiento del Derecho mercantil, ha hecho preguntarse por las razones de su aparición. ¿Por qué, existiendo una actividad comercial en Roma, no conoció el Derecho romano un Derecho especial para esta materia? ¿Por qué su nacimiento medieval en el escenario de las ciudades italianas?

La observación de las realidades históricas muestra que el Derecho mercantil, como Derecho especial del comercio, no surge mientras el sistema privado común responde satisfactoriamente a las necesidades del tráfico económico. En el Derecho privado romano, la existencia junto al *ius civile* del *ius honorarium*, creado por el edicto pretoriano, y el reconocimiento de un *ius gentium*, observado en todos los pueblos, otorgaron al sistema la suficiente flexibilidad y capacidad de adaptación a las realidades sociales, de tal manera que la regulación jurídica del comercio no precisó de un Derecho especial. Fue, fundamentalmente, la obra del pretor, *splendi vel corrigendi gratia*, la que confirió al Derecho romano la fuerza innovadora necesaria para ir adecuando al Derecho tradicional a las exigencias cambiantes de la vida social.

En las circunstancias históricas en las que nace el Derecho mercantil se observa una inadecuación entre el viejo Derecho y la nueva realidad social. En las ciudades medievales italianas el Derecho privado vigente era, fundamentalmente, el tradicional *ius civile* romano, recibido a través de la compilación justiniana, carente ya de la savia vivificadora del *ius honorarium*, anquilosado y arcaico. Frente al viejo Derecho surgió una realidad nueva, producto de potentes cambios en todos los niveles de la vida social.

La ciudad se convierte en centro de poder político, de vida social y de actividad económica. El desgaste del Imperio y del poder terrenal del Papado hace florecer el poder de las ciudades; las concentraciones urbanas se convierten en el marco de las nuevas corrientes sociales; frente al régimen feudal, la ciudad representa un ámbito de libertades; sus protagonistas son ciudadanos, no siervos, organizados en función del trabajo libre, integrados en clases y, por razón de su profesión, en gremios y corporaciones. De entre éstas destacan por su importancia las que agrupan a los mercaderes, agentes de una actividad económica que cobra especial significado: el comercio.

La ciudad es el centro de una nueva economía esencialmente mobiliaria, dineraria y crediticia. Frente al viejo sistema patrimonial basado en el valor de la tierra (*res mobilis, res vilis*), en la explotación agraria como actividad productora y en el trueque como forma de intercambio, surge un tráfico que realza la riqueza mobiliaria, la circulación de las mercaderías, a través de la compraventa y del transporte, la función del dinero como medio de pago y como medida de valor, la importancia del crédito como forma de aplazamiento de las contraprestaciones económicas y como valor económico transmisible. Nace así una economía *mercantil* cuyo escenario urbano es el mercado como lugar de contratación, sus protagonistas son los mercaderes, su actividad el comercio –como actividad profesional de pura intermediación en la circulación de los bienes muebles-, y su objeto las mercaderías, el dinero y el crédito.

Se trata, en suma, de una nueva cultura –urbana y, en este sentido, *burguesa*- inspirada en ideales y valores que potencian la libertad, la seguridad, el bienestar y el beneficio económico. Esta prioridad del móvil de lucro y de la racionalización de las actividades tendentes a su obtención – manifestada, principalmente, en la aparición de técnicas contables- ha llevado a creer en la aparición, ya en esta época, de un espíritu capitalista, cuya concreción en un sistema económico es, sin embargo, más tardía (hacia fines del siglo XV, para consolidarse en el XVII).

La inadecuación del viejo Derecho a estos nuevos hechos es evidente. En el ámbito patrimonial, el Derecho romano posclásico, rígido y formalista, fundado en el concepto de propiedad quiritaria y contrario a la transmisión de los derechos de crédito, constituía una rémora para la nueva dinámica económica. Las prohibiciones canónicas del interés del dinero (*nummun numma non parit*) oponían un obstáculo al desarrollo del crédito, uno de los pilares del sistema. En esta situación, los mercaderes crean su propio Derecho y nuevas instituciones para satisfacer las exigencias que planteaba su actividad profesional y que no encontraban adecuadas soluciones en el sistema vigente.

El Derecho mercantil surge así como una creación de la práctica innovadora y progresista, con estos caracteres:

1. Su fuente formal, la manera de manifestarse, es la costumbre (Derecho consuetudinario).
2. Su fuente material –la fuerza social que la respalda- se encuentra en las organizaciones profesionales de mercaderes (Derecho gremial, de una clase social, surgido en el seno de las corporaciones y de los gremios). Pronto, las costumbres se recogen por escrito en los “estatutos” de las corporaciones, y éstas, a través de sus órganos, las interpretan y aplican al administrar justicia. Nace, pues, con el Derecho material, una jurisdicción especial.
3. El criterio de delimitación de este nuevo Derecho frente al común es fundamentalmente subjetivo. Sólo es aplicable, en principio, a los mercaderes y en razón de su actividad profesional. De la misma manera, la jurisdicción mercantil se limita inicialmente a los litigios surgidos entre miembros de la corporación en sus relaciones de negocios.
4. Este Derecho, si bien nace con un carácter local, en el ámbito territorial propio de las corporaciones ciudadanas, muestra, desde su origen, una tendencia a la uniformidad y a la internacionalidad. La expansión de las relaciones comerciales más allá de las fronteras y la conveniencia de evitar conflictos entre normas diversas son las causas de esta característica del *ius mercatorum*. En España el famoso “Libro del Consulado de Mar (siglo XIII), recopilación de las costumbres marítimas del Mediterráneo, es buena prueba de esta nota, que se presenta con especial vigor en el Derecho de la navegación.

B) EL DERECHO MERCANTIL DE LA EDAD MODERNA

La aparición de los Estados nacionales y los grandes descubrimientos geográficos (finales del siglo XV) suponen importantes cambios políticos y económicos que van a repercutir en el nuevo Derecho mercantil.

La afirmación de la soberanía del Estado, principalmente en las monarquías absolutas, inicia una tendencia al reforzamiento de la ley, frente a la costumbre, como fuente del Derecho. La norma escrita y de creación estatal va desplazando progresivamente a la norma consuetudinaria, en la misma proporción en que el poder estatal va absorbiendo los poderes sociales intermedios.

El ámbito de la soberanía estatal va configurando la existencia de un mercado nacional y de una economía mercantilista basada en el protagonismo del Estado en la regulación y el control del desarrollo del comercio y en la obtención de riqueza.

El comercio de ultramar, que sigue a los descubrimientos geográficos, provoca un desplazamiento de los centros de vida económica hacia el Occidente de Europa (España, Portugal, Francia, Inglaterra, Holanda). Sevilla, con la Casa de Contratación, que monopoliza el comercio con Indias, se convierte, desde comienzos del siglo XVI, en el mayor centro de actividad mercantil de Europa.

El espíritu de iniciativa del Renacimiento y el florecimiento del comercio producen una expansión a otras clases sociales de actividades antes reservadas a los mercaderes. La base del Derecho mercantil se amplía así a otros protagonistas, que pasan a someterse a sus normas y a su jurisdicción, aún careciendo de la cualidad de comerciantes. Por otra parte, la extensión de instituciones jurídicas nacidas en el tráfico mercantil a otros sectores de actividad económica provoca el progresivo crecimiento de su ámbito de aplicación, que no se circunscribe ya exclusivamente al comercio, como actividad profesional. De esa manera, el derecho mercantil, aun conservando su impronta original de Derecho de clase va ampliando su esfera como Derecho especial, invadiendo sectores antes reservados al Derecho común.

Se dan, pues, en este período histórico unas notas de evolución del Derecho mercantil que puede resumirse así:

1. la primera fuente formal de producción del Derecho mercantil pasa a ser ley. La costumbre, sin perder su carácter de fuente que la ley le reconoce, pasa a un segundo plano.
2. La potestad de dictar leyes radica en el Estado (en el poder del soberano, dentro de la Monarquía absoluta). Este fenómeno de progresiva “legalización” y “estatalización” de un Derecho mercantil inicialmente consuetudinario y corporativo encuentra su más fiel expresión dentro de la Edad Moderna en las Ordenanzas generales del comercio terrestre (1673) y del comercio marítimo (1681) promulgadas por Luis XIV de Francia –llamadas Ordenanzas de Colbert, por el ministro al que se debe su redacción-. Si bien el Derecho que se recoge en estos cuerpos legales es, fundamentalmente, de origen consuetudinario, se convierte así en Derecho escrito y estatal. En España, las Ordenanzas de los Consulados se elaboran por privilegio real y precisan para su vigencia de la aprobación del monarca (Burgos, 1494; Bilbao, 1737).
3. El criterio de delimitación de la materia mercantil continúa siendo, esencialmente, subjetivo; pero, sobre ese núcleo profesional y clasista va progresivamente ampliándose la aplicación del Derecho mercantil a otros sujetos no comerciantes y a actividades económicas distintas del comercio.
4. La nota de internacionalidad cede ante un progresivo nacionalismo, que afirma el poder del Estado en su ámbito territorial de soberanía.

C) EL DERECHO MERCANTIL EN LA CODIFICACION DECIMONONICA (siglo XIX)

La caída de la monarquía absoluta y los principios que inspiran la Revolución francesa (1789) señalan una nueva etapa en el desarrollo del Derecho mercantil.

Libertad e igualdad son postulados opuestos al mercantilismo de Estado y a la organización estamental de la sociedad. La libre iniciativa y el libre acceso a las actividades económicas hacen desaparecer los gremios y corporaciones profesionales (Ley Chapelier, 1791). La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley se opone a la concepción de un Derecho especial de clase como el *ius mercatorum*, considerado como residuo de los privilegios del viejo régimen.

El triunfo de los principios revolucionarios no va a suponer, sin embargo, la desaparición del Derecho mercantil, sino su estructuración sobre nuevas bases, que encuentran pronto formulación positiva en los Códigos del siglo XIX.

Es la obra codificadora de Napoleón la que va a concretar un nuevo Derecho mercantil inspirado en las ideas de la Revolución francesa. La codificación del Derecho privado en dos grandes cuerpos legales (Code civil, 1803; Code de comerce, 1807), obra del emperador, constituye, por su trascendencia y por la posterior influencia que va a ejercer en los sistemas jurídicos de tradición romanista (Europa continental, Iberoamérica), un punto clave en la historia del Derecho.

El Código de comercio de Napoleón intenta implantar un nuevo criterio delimitador, que permita conservar la especialidad del Derecho mercantil en una formulación congruente con las ideas revolucionarias.

En esa novedad se encuentra el origen de un Derecho mercantil basado en el concepto objetivo de acto de comercio, cuya elaboración doctrinal y jurisprudencial va a influir decisivamente en la posterior codificación, a lo largo del siglo XIX (Códigos españoles, de 1829 y 1885; alemán, de 1861; chileno 1865; italianos, de 1865 y 1882; portugueses, de 1833 y 1888, brasileño, de 1850; mexicano, de 1887, y argentino, de 1889, entre otros). Se abre así un nuevo período en la historia del Derecho mercantil, caracterizado por la afirmación de su especialidad sobre bases progresivamente objetivas.

Capítulo 2

DERECHO MERCANTIL Y DERECHO DE LA EMPRESA

I.- El método de observación de la realidad económica y la doctrina de los actos en masa.

Los desalentadores resultados de los esfuerzos doctrinales por construir un concepto del Derecho mercantil sobre la base legal de la materia regulada por los Códigos de comercio del siglo XIX condujeron a la revisión del método hasta entonces seguido en esta investigación.

Abandonando el método inductivo, basado en el análisis de los actos que la ley considera de comercio, se emprende en la doctrina otro bien distinto, atento a la realidad del tráfico para averiguar cuáles son las especiales exigencias de la vida económica que pueden reclamar un Derecho especial, distinto del civil. Esto lleva a Philip Heck a plantearse una cuestión: <<¿Por qué existe un Derecho privado mercantil separado del civil?>> Preguntarse por la causa de la existencia de un Derecho especial frente al común es la forma de planteamiento que caracteriza esta corriente doctrinal; no se trata ya de definir la materia regulada por un concreto sistema jurídico-positivo, sino de averiguar la razón de ser de una regulación distinta de la civil. Concluye Heck que son las exigencias de un tráfico reiterado por la repetición en serie de unos mismos actos (<<tráfico en masa>>) las que reclaman una regulación distinta de la aplicable a esos actos cuando se producen ocasional o aisladamente. Es la <<actividad>> (serie de actos) la que justifica una regulación especial, aunque los actos que la componen sean, intrínsecamente, de la misma naturaleza de otros singulares o aislados. La diferencia no radica, pues, en la entidad de los actos sino en la cantidad; no hay un concepto esencial de acto mercantil frente al acto civil, sino que es la repetición masiva, la pertenencia a una cadena de actos de la misma clase la circunstancia que justifica una regulación especial, frente a la común a la que se somete un acto aislado de la misma naturaleza.

II.- La doctrina de la empresa

A) LAS PRIMERAS FORMULACIONES DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA

En desarrollo del método iniciado por Philip Heck, otros autores van a avanzar en las conclusiones que se desprenden de la observación de la realidad. Es cierto que el tráfico mercantil es un tráfico en masa; pero la realización de ese tráfico requiere una determinada organización económica, a la que llamamos empresa. Es pues, en la empresa donde radica el criterio definidor del derecho mercantil

El núcleo que constituye el objeto del Derecho mercantil, por reclamar una regulación especial, es la empresa.

Se recurre así como elemento definidor del Derecho mercantil a un concepto propio de la Economía: la empresa es la combinación de fuerzas económicas – de factores de producción, capital y trabajo- para la obtención de una ganancia ilimitada. La empresa es una realidad del campo de las organizaciones. Un organismo estructurado y dirigido con arreglo a un plan.

Al erigirse la empresa en núcleo esencial de la materia mercantil y elemento definidor del concepto del Derecho mercantil (Derecho de las empresas), desplaza de esa función a las personas y a los actos. Ciertamente que el Derecho mercantil seguirá regulando el estatuto de una clase de personas y el régimen de una clase de actos; pero esos elementos, subjetivos y objetivos, de la materia mercantil se calificarán por su vinculación con la empresa-organización: los titulares de empresas (los empresarios) y los actos de empresas forman parte de la realidad regulada por el Derecho mercantil por la conexión con la organización económica que constituye el núcleo esencial de ésta.

B) LA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA EMPRESA

Para enjuiciar la ecuación Derecho mercantil = Derecho de las empresas, hay que precisar, en primer lugar, el concepto de empresa, término éste que se emplea en diversos significados. La empresa es, ante todo, una realidad económica, un concepto metajurídico, que hay que tomar del campo de la Economía. En sentido propio, la empresa es una unidad organizada al fin de la producción o el cambio de bienes o servicios. Es, precisamente la organización la que reconduce a unidad la diversidad de elementos que componen la estructura de la empresa –trabajo, capital, relaciones de hecho- , y la convierte en un <<organismo>>, un ente vivo, capaz de actuar.

Admitido este concepto de empresa (organización), no puede aceptarse la identificación entre Derecho mercantil y Derecho de las empresas. Para que esa ecuación fuese exacta sería necesario que sólo el Derecho mercantil fuese el regulador de las empresas, y que todas las empresas estuviesen reguladas por el Derecho mercantil.

No puede decirse, sin embargo, que todas las relaciones jurídicas de empresa estén regidas sólo por el Derecho mercantil. La empresa es una realidad económica sobre la que inciden múltiples ramas del Derecho, privadas y públicas (así, por ej., el Derecho civil rige los derechos reales sobre bienes de la empresa, o los arrendamientos de locales de negocio; el Derecho tributario, la iniciación de actividades, el de actividades que afectan al medio ambiente...; y, fundamentalmente, el Derecho del trabajo regula las relaciones laborales en el seno de las empresas). No sirve, pues, el concepto de empresa como criterio delimitador del Derecho mercantil ni de ninguna otra rama jurídica; es más, puede decirse que el Derecho mercantil no penetra en el ámbito interno de la organización empresarial, en el que existe un cúmulo de relaciones jurídicas que constituyen objeto de otras ramas del Derecho. La empresa, en conclusión,

no es ámbito exclusivo de aplicación de una concreta rama del Derecho y no puede, por tanto, servir de elemento definidor de ninguna de ellas.

De otra parte, tampoco es cierto que el Derecho mercantil sea el Derecho de todas las empresas. Hay empresas que, tradicionalmente, permanecen fuera del ámbito de aplicación de este Derecho: la agraria, o la organizada para el ejercicio de profesionales liberales por ej., no constituyen materia mercantil.

En definitiva, no pueden aceptarse las conclusiones de la teoría de la empresa que convierten a ésta en núcleo esencial de la materia mercantil y elemento definidor del concepto de este Derecho.

III. ALGUNOS CONCEPTOS DE DERECHO MERCANTIL.

Una visión positiva basada en nuestro vigente Código de comercio llevaría a firmar que el Derecho mercantil es la rama del Derecho privado que regula los comerciantes y los actos de comercio. Pero ese intento definidor no deja de ser una simple acotación legalista y acomodaticia de la materia regulada: el Derecho mercantil sería el Derecho de la materia que las normas califican de mercantil, las personas que se califican de comerciantes por la ley y los actos reputados por ésta de comercio.

En este sentido lo define el autor chileno, don Gabriel Palma: **“conjunto de principios que rigen los actos de comercio y la capacidad, derechos y deberes de las personas que hacen de su ejercicio su profesión habitual”**.

El profesor Ricardo Sandoval López nos señala que: “Por derecho comercial entendemos el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad comercial que se determina calificando de mercantiles ciertos actos u operaciones y los sujetos que se dedican a ella”.

Una **concepción moderna**, lo define en relación con las operaciones comerciales que se realizan **“en serie”**, van encadenadas unas a otras y para lograr efectuar esas “operaciones masivas” es menester desarrollar una actividad continua y permanente, no ocasional ni aislada o eventual, y para desplegar esa actividad se requiere una organización adecuada: la empresa.

Para los autores que sostienen esta doctrina, el derecho comercial **“es aquel que regula y ordena la actividad económica constitutiva de empresa y el derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios”**.

Por su parte, el jurista español **Rodrigo Uría**, sostiene que en la época actual no hay mayores dificultades para volver a afirmar, como en un principio, que el comercio ha sido siempre una actividad profesional y el Derecho mercantil ha nacido para ordenar esa actividad, y agrega que **“el Derecho mercantil es el “Derecho ordenador” de la actividad económica constitutiva de empresa o, para ser más preciso, derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios del mercado”**.

Proyectándolo hacia el futuro, Uría ve una creciente relación entre el derecho mercantil y el Derecho Económico, sin que el primero invada al segundo. A su juicio, el Derecho Económico tenderá a ser “a modo de un Derecho Constitucional de la Economía, el que regule la intervención del estado en el terreno económico, ordenando toda la actividad de ese carácter dentro de un sistema jurídico superior. El derecho mercantil será, por el contrario, el derecho privado de la actividad económica desarrollada por los empresarios en el mercado”.

IV.- DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.-

La tendencia a la uniformidad internacional del Derecho mercantil, superadora de las diferencias entre los ordenamientos nacionales, tiene actualmente una doble proyección.

1. De una parte, el movimiento de unificación o armonización de los ordenamientos nacionales en concretos sectores del comercio internacional. Se trata de evitar o reducir los conflictos de leyes nacionales diversas, mediante técnicas que van desde una regulación uniforme establecida por convenios internacionales, hasta la elaboración de leyes modelos que sirven de ejemplo a las legislaciones nacionales o simples recomendaciones de armonización. Hay que destacar en esta materia la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI, sigla en español y UNCITRAL, sigla en inglés), creada en 1966).

La CNUDMI fue creada por la Asamblea General en 1966, está compuesta de 36 miembros. Sus miembros son elegidos por la Asamblea General por períodos de 6 años. Chile ha participado como Estado elegido en varios períodos.

La Comisión ha elaborado hasta la fecha varias Convenciones, todas las cuales han sido aprobadas en Conferencias Internacionales convocadas por las Naciones Unidas, y en todas ellas participó Chile. Estas son:

- Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (N.Y., 1974);
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, celebrada en Viena el año 1980, suscrita y ratificada por Chile, que entró en vigor en 1988;
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, suscrita en la Conferencia de Hamburgo en 1978, ratificada por nuestro país, que entró en vigencia el 1 de noviembre de 1992; el Libro III del Código de Comercio se inspira en ella;
- Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacional y sobre Pagaré Internacionales, de 1988, que fue suscrita

por Chile, pero aún no ha entrado en vigencia ni ha sido ratificada por nuestro país;

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión en 1985, que sirvió de base para la Ley N° 19.971 publicada el 29 de septiembre de 2004;
- Ley Modelo de CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, aprobada en 1992;
- Ley Modelo sobre Contratación Pública Internacional, aprobada por la Comisión en 1992.

Merece igualmente elogio la actividad desarrollada en este sentido por el Instituto para la Unificación del Derecho privado, de Roma (UNIDROIT).

2. La integración en áreas comunitarias supranacionales, como por ejemplo, la Comunidad Europea, supuso la incorporación a los diversos ordenamientos jurídicos internos de los países que están adheridos a ella.

LA LEX MERCATORIA. (Ley de comercio internacional) Dentro de la materia, fuentes del derecho, digamos algunas palabras sobre la “lex mercatoria”.

Se entiende por lex mercatoria a un grupo de principios y procedimientos consuetudinarios que son más o menos usados en las transacciones internacionales.

Estas normas y principios del derecho mercantil internacional, han ejercido una fuerte influencia en el plano de los derechos nacionales, e integrada por lo que genéricamente se califica como los “usos y costumbres del comercio internacional”; los llamados “términos comerciales uniformes”, entre los que se encuentran los INCOTERMS adoptados por la Cámara de Comercio Internacional; las “condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional; los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, las leyes modelo elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional CNUDMI o la sigla en inglés UNCITRAL; los tratados internacionales que regulan aspectos específicos del comercio, como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería, y las distintas convenciones que regulan el contrato de transporte marítimo; los principios generales sobre los contratos mercantiles elaboradas por UNIDROIT, etc.

Capítulo 3

LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

I.- Noción de fuentes del derecho.-

Entendemos por **fuentes del derecho** aquellos medios capaces de generar reglas jurídicas. Son las formas en que la colectividad estatuye su derecho propio, o sea, las formas en que aparece y se exterioriza el derecho positivo. En el sistema de derecho romanista, al cual pertenece nuestro ordenamiento jurídico, la fuente por excelencia es la ley. Dentro de esta última se comprende la legislación interna representada por los códigos y leyes especiales y los tratados internacionales, que al ser ratificados por el Estado, tienen fuerza obligatoria de ley. Junto con la ley se consideran asimismo fuentes del derecho la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales, en determinados casos, y la doctrina de los autores.

En el derecho comercial chileno las fuentes formales son las leyes mercantiles, dentro de ellas debemos considerar no solo el Código de Comercio, sino, en general, todas las leyes que lo complementan o modifican, contenidas tanto en otros Códigos como en leyes especiales, el Código Civil y las costumbres mercantiles. Sin embargo, en el derecho comercial contemporáneo y en especial en el derecho internacional, los tratados y convenciones internacionales ocupan un lugar destacado como fuente creadora de normas jurídicas mercantiles, lo que se advierte claramente respecto de otras disciplinas jurídicas cuyo carácter nacional se presta con menor facilidad al establecimiento de reglas internacionales comunes. El tratado de Roma de 1957, que dio origen a las Comunidades Económicas Europeas, fue la base de la formación del derecho comunitario europeo, que en la actualidad se ha consagrado a través de Directivas de la Comisión y del Tratado de Maastricht, que crea la Unión Europea.

Ni la jurisprudencia ni los principios generales del derecho pueden ser considerados como fuente del Derecho Comercial; la primera porque no crea nuevas normas jurídicas ni constituye la exteriorización de la voluntad colectiva, sino sólo la interpretación del derecho vigente, y los segundos porque son reglas generales procedentes de razonamientos derivados de normas ya descubiertas. La equidad, reputada por algunos como fuente, no constituye una norma jurídica sino la justicia en un caso particular y aislado.

II.- Prelación de la fuente del derecho comercial chileno.-

De acuerdo con el artículo 2° y 4° del Código de Comercio, puede establecerse un orden jerárquico o de prelación de las fuentes del derecho mercantil chileno. En esta prelación de las fuentes ocupa el primer lugar la legislación mercantil, representada por el Código de Comercio y las demás leyes comerciales que lo complementan o modifican; en segundo lugar se encuentra el Código Civil, según lo dispuesto por el artículo 2° del Código de Comercio, y termina en las

costumbres mercantiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 4° del mismo cuerpo legal.

Conviene precisar que cuando el Código de Comercio se remite a una costumbre mercantil (costumbre en silencio de la ley), ella ocupa el segundo lugar en la prelación de las fuentes del derecho comercial y se aplica antes que el Código Civil.

A.- PRIMERA FUENTE: LAS LEYES MERCANTILES.-

Son todas aquellas reglas que regulan la materia mercantil, por lo que dentro de ellas debemos considerar no sólo el Código de Comercio, sino, en general, todas las leyes que lo complementan o modifican, contenidas tanto en otros Códigos como en leyes especiales.

Nuestro Código de Comercio se inspira en el Código Francés de 1807 y en el Código Español de 1829. Antes de la República y durante una buena parte de ella rigió en Chile la Legislación mercantil española, especialmente la Ordenanza de Bilbao, preparada a comienzos del siglo XVIII y puesta en vigencia por una Real Cédula de 1727. En Chile, rige desde 1783 y durante los principios de la República siguió aplicándose por el Tribunal del Consulado. Después de la Independencia surgen algunas leyes relativas a cuestiones mercantiles. Entre las Leyes Marianas se encuentran una que reglamentó el juicio ejecutivo y otra relativa a la policía marítima.

Después de un intento de adaptar el Código Español de 1829, bajo la administración de Bulnes se encargó la redacción de un Código de Comercio a un jurista argentino residente en el país, don Gabriel Ocampo, el que gastó 7 años en hacer su trabajo. Al terminar don Gabriel Ocampo su labor se nombró una comisión revisora. Al proyecto original se introdujeron pocas, aunque no siempre felices, modificaciones. La razón de estas no puede saberse porque no existen actas. Lo único que existe son dos cartas: una de Ocampo y otra de don Melchor Concha y Toro, que fue el Secretario de la Comisión Revisora, a don José Ugarte y Zenteno, en respuesta a una consulta. Se encuentran transcritas en la obra de Ugarte y Zenteno: "Los conflictos de jurisdicción y los actos de comercio".

El Código empezó a regir desde el 1 de enero de 1867. Es superior a los modelos en que se inspiró, en el método y en el contenido. Es superior en el método al Código francés, por cuanto éste se refiere a los actos de comercio – elemento sobre el cual se construye toda la concepción del Derecho Comercial– sólo de una manera incidental al tratar en uno de sus libros de la jurisdicción mercantil. Nuestro Código, en consonancia con la importancia que tiene al señalar los actos de comercio, los determina en uno de sus primeros artículos (artículo 3).

Es superior a sus modelos en el contenido, por cuanto fue el primer Código en el mundo que con extraordinaria sabiduría y competencia reglamentó el contrato de cuenta corriente mercantil. En esta materia Ocampo no tuvo ningún

modelo legislativo a su vista, pero se guió por la doctrina expuesta por los juristas Delamarre y Le Poitvin.

En lo relativo a los seguros también realizó Ocampo una labor innovadora. El Código francés sólo trataba del seguro marítimo, y hasta 1930 no tuvo una legislación sobre el seguro terrestre. En el Código chileno, en el Libro II dedicado al comercio terrestre, se tratan de las reglas aplicables a todo seguro y de las reglas especiales del seguro terrestre, inclusive el de vida, y el Libro III contiene reglas particulares relativas al seguro marítimo.

También hay que señalar que el Código contiene algunos defectos, así el lenguaje que usa no siempre responde con precisión a las exigencias de la técnica jurídica. Se emplea a veces la palabra rescisión en vez de resolución (ver artículos 169; 170; 182). Repite innecesariamente sin modificar algunas reglas del Código Civil. Más inútil resulta esta repetición si se considera que uno de sus preceptos dice que el Código Civil se aplicará en forma supletoria a los asuntos mercantiles (art.2).

El Código de Comercio, consta de un **Título Preliminar**, que tiene 6 artículos, que tratan materia que dominan todo el Código de Comercio; los actos de comercio y la costumbre mercantil. El **Libro I**: “De los Comerciantes y de los Agentes del Comercio” (arts.1 al 95); **Libro II**: “De los Contratos y Obligaciones Mercantiles en General” (arts.96 a 822); **Libro III**: De la Navegación y del Comercio Marítimos” (arts.823 a 1250) reemplazado por la Ley 18.680, de 1988; y **Libro IV**: “De las Quiebras” (se incorpora la Ley 18.175).

El artículo 1º señala: “El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes que se refieren a operaciones mercantiles, las que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones mercantiles, y las que resulten de contratos exclusivamente mercantiles”.

Por su colocación misma y por la forma de su redacción, demuestra que su objeto fue dar una idea de las materias que trata el Código de Comercio. Pero no se obtuvo dicho objeto. La disposición adolece de grandes defectos que son atribuidos a la Comisión Revisora, ya que en el proyecto estaba bien concebido.

Es deficiente e inexacta, porque al disponer que “**El Código de Comercio rige a las obligaciones de los comerciantes que se refieren a operaciones mercantiles...**”, parece dar a entender que sólo rige actos de comerciantes; se podría deducir que no rige las obligaciones de los no comerciantes que se refieren a actos mercantiles; lo que no es verdad, porque el Derecho Comercial es además real y objetivo, rige los actos de comercio, por su naturaleza, y con exclusión de la profesión de la persona que lo ejecuta.

El artículo 8º comprueba el carácter real y objetivo del Derecho Comercial al expresar: “No es comerciante el que ejecuta accidentalmente un acto de comercio; pero queda sujeto a las leyes de comercio en cuanto a los efectos del acto”.

Es igualmente deficiente e inexacta, al disponer que: **“El Código de Comercio rige a las obligaciones... que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones mercantiles...”**. Se refiere a obligaciones accesorias contraídas por personas no comerciantes para afianzar obligaciones mercantiles, y parece excluir a los comerciantes que afianzan obligaciones mercantiles. Como se ha dicho el Derecho Comercial es real y objetivo, no importa la profesión de la persona que ejecuta el acto de comercio. Lo que hace caer a las obligaciones accesorias, a que esta parte se refiere, bajo el dominio de la legislación comercial, es el principio de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y la obligación principal es aquí la mercantil.

Es igualmente deficiente **al disponer: “El Código de Comercio rige a las obligaciones... que resulten de contratos exclusivamente mercantiles...”**, porque que rija las obligaciones mercantiles, es una redundancia pues ésta es precisamente la materia propia de una ley de esta naturaleza. Por otra parte, el legislador parece olvidar la existencia de los actos mixtos o de doble carácter, que no son exclusivamente comerciales ni exclusivamente civiles, cuyo origen emana del enunciado del artículo 3° del Código de Comercio, cuando expresa que “son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos...”.

Con posterioridad al Código de Comercio de 1867, se ha dictado una gran variedad de leyes que regulan la materia mercantil, dentro de las cuales podemos citar las siguientes: Ley N° 3.918, de 1923, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada; D.F.L. N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguro; Ley 18.045 sobre Mercado de Valores y 18046 sobre Sociedades Anónimas; Ley N° 18.092 sobre Letras de Cambio y Pa garés; Ley N° 18.175, de 1982 sobre Ley de Quiebras; Ley N° 18.680, de 19 88, que sustituyó el Libro III del Código de Comercio “De la Navegación y del Comercio Marítimos”; La Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacion al, de 2004.

La base para distinguirlas de las leyes civiles o de otro carácter está en que las primeras deben estar siempre directamente destinadas a regir materias comerciales. De este modo habrá tres clases de leyes comerciales: en primer lugar las que directamente complementan el Código de Comercio; en segundo, las leyes especiales que regulan materias mercantiles; y, por último, las disposiciones de otros Códigos o leyes que regulan tangencialmente materias comerciales.

Cuando exista una materia regida por el Código de Comercio y al mismo tiempo por una ley mercantil especial, sin duda debe aplicarse preferentemente esta última, siguiendo las reglas de hermenéutica contenidas en el Código Civil. Ahora bien, si se trata de un vacío en una ley mercantil especial, debe aplicarse en forma predominante el Código de Comercio y no el Código Civil, de acuerdo a la regla de interpretación que indica que “los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes particularmente si versan sobre el mismo asunto” (artículo 22 inciso 2° del Código Civil) I.

Nuestra legislación establece la prioridad de aplicación del Código Civil sobre la costumbre comercial (Art.2º), contrariamente a lo que ocurre en otros países, en que esta última prevalece sobre el derecho común, como es el caso particular de Italia.

Cuando una situación no está regida por la ley comercial ni por el derecho común, debe recurrirse a las costumbres mercantiles, que suplen el silencio de la ley cuando cumplen determinadas exigencias que la propia ley ha impuesto.

Conviene recordar lo que ya habíamos advertido que cuando el Código de Comercio se remite a una costumbre mercantil (costumbre en silencio de la ley), ella ocupa el segundo lugar en la prelación de las fuentes del derecho comercial y se aplica antes que el Código Civil.

Son también equivalentes a las leyes nacionales los tratados internacionales si Chile los ha ratificado, según lo dispone la Constitución Política del Estado, por ejemplo, la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, de 1980, aprobada y ratificada por nuestro país.

B.- SEGUNDA FUENTE: LA COSTUMBRE MERCANTIL.-

1.- Generalidades.-

La costumbre es la repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir una necesidad jurídica que debe ser sancionada más tarde por el juez o por la ley.

Según sea su **relación con la ley**, tradicionalmente la costumbre se clasifica costumbre contra la ley (**contra legem**), fuera de la ley (**praeter legem**) y según la ley (**secundum legem**).

La costumbre **contra ley (contra legem)** es la que introduce una norma destructora de la ley antigua, ya sea proclamando su inobservancia, ya sea imponiendo una conducta diferente de la establecida por la ley. En cualquiera de estas dos formas deroga la ley escrita. Ella no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, que forma parte del sistema romanista de derecho, en la cual la ley escrita es la fuente por excelencia.

La costumbre **fuera de la ley (praeter legem)**: es la que rige en el **silencio** de la ley; por ejemplo: la costumbre según el Código de Comercio.

La costumbre **según la ley (secundum legem)**, es aquella que constituye derecho cuando la ley se remite a ella (Art. 2º C.C. "La costumbre no constituye derecho sino en los casos que la ley se remite a ella"). Ejemplo art.1546: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o **la costumbre** pertenezcan a ella".

2.- LAS COSTUMBRES MERCANTILES. LA COSTUMBRE JURIDICA

El Código de Comercio confiere a la costumbre el rol de fuente formal del derecho (art.4º) y el carácter de elemento interpretativo (art.6).

a) Concepto de costumbre mercantil.- La costumbre como fuente formal del derecho se encuentra consagrada en el artículo 4º, que dice:

“Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”.

Esta norma legal reconoce el valor histórico de la costumbre, por cuanto es sabido que en su origen, el derecho comercial fue esencialmente consuetudinario. La insuficiencia del derecho común, demasiado rígido y formalista, obligó a los comerciantes a buscar una regulación adecuada al comercio basado en los usos nacidos al margen de la ley común.

Hay en esta disposición dos normas: una que reconoce a la costumbre como fuente de Derecho mercantil; y otra que nos señala los elementos constitutivos de la costumbre y que deben concurrir para que legítimamente podamos decir que hay una costumbre que puede ser considerada como fuente de normas comerciales.

La costumbre en materia comercial tiene una función supletoria a la de la ley; su rol, por consiguiente, más modesto que el que desempeñaba en el Derecho antiguo, en que hasta podía modificar y derogar una ley.

La costumbre jugará su papel cuando sobre la materia no haya ley comercial ni común, es decir, cuando el derecho escrito haya guardado silencio sobre la cuestión.

Es evidente que la función de la costumbre en el Derecho mercantil es mayor que la que tiene en el Derecho Civil, ya que éste quiere que en cada caso haya una ley que llame a la costumbre. En cambio, en el Derecho comercial hay un llamamiento general, en todos aquellos casos en que no hay ley escrita.

Elementos que integran la costumbre:

La doctrina está de acuerdo en reconocer que la costumbre jurídica está integrada de dos elementos: uno material u objetivo, que es la existencia real de una manera de comportarse frente a una situación, y un elemento subjetivo, espiritual o intelectual: la convicción en el cuerpo social de que el acomodarse a ese comportamiento es un deber, igual que el que existe de acomodarse al mandato del legislador. Este elemento espiritual de la costumbre es el que los jurisconsultos llaman la opinio juris seu necessitatis.

Cuando sobre una materia jurídica se ha formado una costumbre, el individuo puede ser obligado por la coacción pública a respetar esa costumbre. De la “opinio juris” surge, pues, la transformación de los usos más o menos generalizados en normas jurídicas.

El Código no alude de un modo expreso a este elemento espiritual, cuando define la costumbre, pero la idea está tácita en esta exigencia de uniformidad y respeto generalizado a que alude el artículo 4º del Código de Comercio.

Algunos han dicho que en el Derecho moderno este elemento de la “opinio juris” ya no tiene importancia en el análisis actual de la costumbre, pues el imperio de ésta ya no arranca de sí misma, sino de la ley que dice que la costumbre será derecho. Pero nosotros necesitamos saber lo que es costumbre, y por lo tanto, el estudio del elemento intelectual es necesario, junto con el elemento material para identificar a un uso como costumbre.

Respecto al elemento material, el artículo 4 del Código habla de hechos “uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”.

La **uniformidad**, este es uno de los elementos propios de la costumbre y la ley es casi redundante al exigirlo expresamente. Llamase uniforme la repetición de los actos que traducen el acatamiento de un mismo principio o regla. Es fácilmente comprensible que si el comercio ejecuta hoy día un acto de una manera distinta, esta falta de uniformidad quite a la costumbre toda posibilidad de ser tal.

Públicos consiste en que los hechos que constituyen la costumbre sean conocidos ampliamente ya sea de todo el mundo, si se trata de una costumbre universal, de todo un país, si es nacional, de una ciudad, pueblo o región si es local o de un determinado número de individuos que ejercen una rama particular del comercio si es especial.

Reiterados por largo espacio de tiempo, no se refiere el Código al tiempo, es decir, a años o meses de repetición, sino en forma primordial a la repetición de los hechos en forma constante.

Los elementos son **copulativos** y se deja su apreciación al criterio del tribunal. Es decir, que para que haya costumbre debe haber un comportamiento compartido por la sociedad, ya sea en todo el país o en una región (costumbres generales y locales). No basta, pues, que algunos individuos se acomoden a ciertos usos; es necesario que estos usos se hayan generalizados en el medio social, y que todos los componentes de este medio respete este uso y se acomoden a él. Además, es necesario que este uso haya sido más o menos reiterado por un cierto espacio de tiempo que los jueces apreciarán prudencialmente. “Longo inveterata consuetudo”, decían los antiguos, al exigir esta última condición, y de la cual se hace eco, como hemos visto, nuestro artículo 4.

PRUEBA DE LA COSTUMBRE.-

La costumbre es una de las fuentes del Derecho Comercial y siendo fuente del derecho no necesitaría de prueba, pues ésta afecta sólo a los hechos. Pero como su fuerza jurídica emana precisamente de constituir una serie de hechos públicos y reiterados por mucho tiempo, es menester acreditar al tribunal la existencia de dichos hechos con todas las características anotadas, para que entonces la costumbre pueda tener el vigor jurídico que merece.

La prueba de la costumbre no puede ser, por origen y constitución misma, idéntica a la prueba de la ley. La ley está certificada por la autoridad del Estado, de manera que no necesitamos probarle a los jueces las leyes que existen, pues ellos deben conocerlas y aplicarlas al caso aun cuando no hayan sido invocadas por las partes. Pero la costumbre que surge de la entraña misma de la sociedad, sin forma expresa, necesita de otras maneras para llegar al conocimiento del juez, ya que puede ser que éste la ignore y le haya sido invocada por una parte como norma que regla el caso.

Pero sentado que los hechos que constituyen la costumbre deben ser acreditados, debemos ver a quien corresponde la prueba y qué medios se emplean para justificarla.

En algunas legislaciones, como Italia, no señalan la forma de acreditar la costumbre mercantil y se aceptan en consecuencia toda clase de medios probatorios, como por ejemplo, recopilaciones oficiales de costumbres, informes de organismos técnicos y cámaras de comercio, testimonio de otros comerciantes, sentencias judiciales que la reconocen, etc.

En el derecho nacional la costumbre debe probarse por la parte que alega o invoca la existencia de la costumbre, ya que con ello tratará de probar la existencia de una obligación o alegará su extinción, y debe hacerse conforme a las exigencias formuladas por la ley al respecto, en los artículos 5° y 825 del Código de Comercio.

Establece el artículo 5°: “No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por algunos de estos medios”.

Desaparecidos los juzgados de comercio, la apreciación corresponderá a los tribunales ordinarios.

Del tenor literal de este artículo 5° parece desprenderse que sólo exige la ley estas pruebas cuando la costumbre mercantil no consta al juez.

¿Podría entonces, un juez aplicar una costumbre que le consta que existe por el conocimiento personal que tiene de ella fuera de los autos? Sabemos que es un principio general del Derecho Procesal el de que el juez sólo puede fallar conforme al mérito de autos; pero los términos de la ley son bien claros en este caso, en el sentido de que puede proceder el juez en la primera forma.

Actualmente es difícil que le conste a un tribunal ordinario una costumbre mercantil. Antes se justificaba esta norma ya que había tribunales especiales de comercio

Los medios de prueba que señala este precepto son los siguientes:

1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

El pronunciamiento de estas sentencias deberá basarse precisamente en la existencia de la costumbre que se trata de acreditar en el juicio, y no sólo por sentencias de los tribunales ordinarios, sino también de los árbitros, pues la ley no las excluye expresamente y además son estas sentencias las que consignan con mayor facilidad las costumbres mercantiles.

La ley no exige que las sentencias sean dictadas, como lo hace respecto de las escrituras públicas en el N° 2, antes del pleito que se ha suscitado o antes de los hechos que dan lugar a la contienda y en que se ha de aplicar la costumbre. La razón de que el legislador haga presente esta exigencia para el caso de que se utilicen escrituras públicas como medios probatorios de la costumbre y no cuando se recurre a las sentencias con el mismo fin, es que de éstas no puede temer lo mismo que de aquéllas; que pueden haber sido hechas ad.hoc para probar la costumbre.

2° Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motiva el juicio en que debe obrar la prueba.

Es menester tener presente que las escrituras públicas deben ser tres y su otorgamiento debe ser anterior no sólo al comienzo del pleito sino anteriores al contrato sobre cuya aplicación se ha suscitado el conflicto como garantía para que el tribunal no sea inducido a error sobre la real existencia de una costumbre. Además, podría prestarse esta disposición a abusos de parte de personas que se fabricaran prueba ad-hoc para en seguida entablar un pleito cuyas probabilidades de esta manera les serían ampliamente favorables.

¿Qué sucede si por una parte se presentan las dos sentencias judiciales acreditando la existencia de una costumbre mercantil determinada y por la otra, tres escrituras públicas que justifican la existencia de una costumbre mercantil diferente de la anterior? Creemos que ambos medios tienen igual mérito probatorio y hechos valer legalmente y acreditando hechos contradictorios, se debe declarar como no probado el hecho que se discute. El Código no ha señalado ni orden de preferencia ni la enumeración de los medios de prueba hecha por el artículo 5° significa graduar su valor probatorio.

3° Informe de peritos.-

El tercer medio de prueba de la costumbre, es el informe de peritos, tratándose de costumbres propias de la navegación y el comercio marítimos, que el juez apreciará conforme a las reglas de la sana crítica (art.825 del C.de C.).

3) LAS COSTUMBRES INTERPRETATIVAS.-

En Derecho Comercial se denomina costumbre interpretativa aquella que sirve **“para interpretar los actos o convenciones mercantiles”**. Tiene su base legal en los artículos 6° del Código de Comercio y artículo 20 del Código Civil. Dice el **art.6º: “Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”**. Dice el artículo 20 del C.C. “Las palabras de la ley, se entenderán en sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Se trata de una costumbre que no es fuente formal del derecho, porque no suple el silencio de la ley, sino que sirve de regla para determinar el sentido y alcance de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos de comercio.

4) LAS COSTUMBRES TÉCNICAS.-

También se refiere a este tipo de costumbre el artículo 6° del Código de Comercio, cuando señala que “Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio”, es decir, como un medio de interpretación.

Por su parte el art.21 del C.C. señala: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

Las “costumbres técnicas” se llaman así, pues tienen relación con operaciones de carácter técnico o profesional del comercio que se refieren a diversos aspectos de este tráfico, como ser la manera de envasar, pesar, evaluar, cargar, transportar las mercaderías, etc.

Pueden encontrarse ejemplos de aplicación de estas costumbres en las compraventas comerciales que frecuentemente usan fórmulas como estas: FOB; CIF; FAS, etc.

5) DIFERENCIA ENTRE LA COSTUMBRE CIVIL Y LA COSTUMBRE MERCANTIL.-

Se diferencian de las costumbres civiles en varios aspectos que contempla nuestra legislación positiva y que son las siguientes:

i) En el Derecho Civil la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella (costumbre *secundum legem*), como por ejemplo, en los artículos 1546, 1823, inciso 2º y 2117, en cambio, en el Derecho Comercial la costumbre rige también en caso de que las leyes no

dispongan de nada sobre el particular, suple el silencio de la ley (costumbre sine legem).

ii) En el Derecho Civil la costumbre, para entrar a regir, no necesita ningún otro requisito que un llamado expreso del legislador. Por el contrario, dado que su aplicación es mucho más frecuente y de mayor importancia, el Derecho Comercial le exige, para que constituya normas reguladoras, que cumpla con ciertos requisitos de fondo que el propio Código de Comercio señala en su artículo 4°.

iii) Por último, el Derecho Civil no establece los medios de prueba para acreditar los hechos constitutivos de la costumbre. Puede probarse la existencia de la costumbre de cualquier manera; en cambio, en el derecho mercantil existen formas especiales de prueba, taxativas y expresamente requeridas, para que la costumbre jurídica pueda ser tomada como base decisiva de un conflicto.

C.- TERCERA FUENTE: EL CODIGO CIVIL

El Código Civil constituye otra de las fuentes del Derecho Comercial toda vez que el artículo 2° del Código de Comercio estatuye que “en los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

En consecuencia, sólo a falta de dichas normas entra a regir el Código Civil. Desde el punto de vista práctico cabe señalar que existe un sinnúmero de actos y contratos mercantiles en que se aplican disposiciones contenidas en el Código Civil, como por ejemplo la sociedad, el mandato, el mutuo, el depósito, la prenda y la fianza.

Capítulo 4

DE LOS ACTOS DE COMERCIO

I.- IMPORTANCIA DE LOS ACTOS DE COMERCIO DE ACTOS.

Ya hemos señalado que la materia regulada en nuestro vigente Código de Comercio son las personas que la ley califica de comerciantes y los actos reputados por ésta “de comercio”. Para determinar cuando un acto se rige por la ley mercantil hay que atender si ese acto se encuentra o no comprendido en una lista que al efecto da el Código de Comercio. Esta lista contiene los llamados actos de comercio, y que en nuestro Código Comercial están contenidos en el artículo 3°.

El interés que el estudio de los actos de comercio tiene para el jurista y el abogado, puede concretarse desde distintos puntos de vista, a saber:

1) Respetto de la prueba de las obligaciones.-

El primer punto de vista dice relación con la prueba de las obligaciones. Las reglas probatorias que da el Código de Comercio, y que son aplicables a los actos de comercio no son idénticas a las que el Código Civil, en los siguientes aspectos:

a) Así el artículo 1708 y 1709 prescriben que respecto de los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que vale más de 2 U.T. deben constar por escrito (no cabe la prueba testimonial). En materia comercial, en cambio, esta regla está derogada por el artículo 128 del C. de C. que dispone: “la prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura publica”.

b) No sólo contempla el Código de Comercio esta regla derogatoria de preceptos del Código Civil en materia de prueba, sino que el artículo 129 contiene otra. En efecto, el Código Civil rechaza la prueba de testigos para modificar el contenido de una escritura (art. 1709 inciso 2) al paso que este artículo 129 del Código de Comercio preceptúa que “los juzgados de comercio podrán, atendidas las circunstancias de la causa, admitir prueba testimonial aun cuando altere o adicione el contenido de las escrituras públicas”.

c) El artículo 127 del Código de Comercio complementa una disposición del Código Civil. Este señala en su artículo 1703, los casos en que un instrumento privado adquiere fecha cierta respecto de terceros. Esta regla rige en materia mercantil, pero complementada por el art. 127 del C. de C. que establece: “Las escrituras privadas que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el artículo 1703 del Código Civil”.

d) Finalmente, los papeles y registros domésticos o privados, a los cuales se equiparan los libros de los comerciantes, hacen fe sólo en contra del que los firmó, pero no en su favor, salvo en cuanto la prueba que constituyen tenga

carácter de indivisible (art. 1704 C.C.). Los libros de los comerciantes, en cambio, hacen fe no sólo en su contra, sino también en su favor, sirviendo para probar el cumplimiento de una obligación cuando en el registro aparece extinguida por el pago. Esto en las causas entre comerciantes por actos que sean mercantiles para ambas partes.

2) Ley de fondo aplicable a ciertos casos.- Hay contratos que están reglamentados tanto en el C. C. como en el de Comercio, pero con reglas diversas. El criterio para resolver qué reglas se van a aplicar nos lo va a dar el concepto de “acto de comercio”. Según esto, si el negocio es mercantil, se aplica el Código de Comercio, si no, se aplica el Código Civil.

3) Para saber si la persona que los ejecuta es o no comerciante.- La noción del acto de comercio permite definir la idea de comerciante. En efecto, según el artículo 7º, “son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”. Hacer del comercio implica la ejecución de actos de comercio en sentido profesional.

4) Para la capacidad de los que los ejecutan.- La capacidad para ejercer el comercio se rige por el Código de Comercio que establece ciertas reglas especiales respecto de ciertos tipos de comerciantes y respecto de ciertas personas que no pueden ejercerlo o a quienes ciertos actos les están prohibidos o limitados.

5) Para los efectos de la Ley de Quiebras.- El único caso en que se permite una declaración de quiebra de un deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, con el solo incumplimiento de una obligación, es cuando, entre otras cosas, ese incumplimiento (cesación de pagos) recae sobre una obligación mercantil con el solicitante (art. 43 N° 1 de la LQ). Por otra parte, sólo existe obligación de solicitar la propia quiebra al deudor calificado del artículo 41 de la LQ si cesa en el pago de una obligación mercantil.

6) En materia de prescripción.- La regla general en materia civil es la prescripción ordinaria de 5 años (art.2515), y en materia mercantil el plazo es, por regla general, de 4 años (art.822 C. de C.).

7) Para la aplicación de la costumbre.- En Derecho Comercial, la costumbre entra a regir en el silencio de la ley, siempre que ella reúna los requisitos exigidos por la ley misma. En el Derecho Civil sólo es aplicable la costumbre cuando la ley se remite expresamente a ella, ya que solamente en este caso constituye derecho.

8) Para fines tributarios.- La tributación a que están sometidos los comerciantes es distinta de la que los simples particulares.

II.- CONCEPTO DE ACTO DE COMERCIO.

La doctrina dice que existen determinados actos jurídicos que fijan el ámbito, la especialidad, del derecho comercial, actos que técnicamente se denominan actos de comercio.

Según la doctrina, lo que caracteriza al acto de comercio es que es un acto jurídico de intermediación con ánimo de lucro, un acto de especulación, pero es una mera definición conceptual, pues no es una noción dogmática que pueda inducirse de la ley.

Ninguno de los códigos que siguen la tradición francesa y que apelan a la noción de acto de comercio arroja una definición dogmática y universal de dicha expresión. Desde el Código francés en adelante, los códigos o enumeraron los actos de comercio o los refirieron a una ley especial, pero nunca hubo una definición general y abstracta.

Tampoco nuestro legislador definió el acto de comercio, sino que en el art. 3 del Código de Comercio da una larga lista de negocios que considera mercantiles. La razón de esta actitud la explica en el Mensaje: temió que a causa de una definición incompleta pudieran quedar fuera de la noción de acto de comercio, muchos actos que tienen ese carácter. En efecto el citado mensaje establece: "El Proyecto ha huido del peligro de las definiciones puramente teóricas, y en vez de definir los actos de comercio, los ha descrito prácticamente, enumerándolos con el debido orden, precisión y claridad".

III.- PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REGLAMENTACION VIGENTE.

La enumeración, como se dijo, está contenida en el artículo 3º del Código de Comercio, que comprende 20 numerandos. Aparte de los contemplados en el artículo 3º existen otros actos de comercio señalados en otras disposiciones del mismo Código, que tendremos ocasión de comentar más adelante.

Antes de analizar los actos de comercio contenidos en el artículo 3º, veremos algunos problemas que se plantean en relación con la forma como ellos están reglamentados en nuestra legislación. Estos problemas son los siguientes:

- a) Rol de la voluntad de las partes para determinar el carácter del acto;
- b) La teoría de lo accesorio;
- c) La teoría de los actos mixtos o de doble carácter, también conocida como actos unilaterales de comercio; y
- d) La mercantilidad de los inmuebles.

a) El rol de la voluntad de las partes.-

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las personas pueden celebrar toda clase de contratos y de conformidad a las cláusulas que ellos acuerden. Ahora bien, este principio de la autonomía de la voluntad no tiene intervención alguna para determinar si el acto es civil o comercial, por cuanto, aunque los contratantes convengan expresamente en que el acto sea mercantil, no adquirirá este carácter si no es de aquellos que la ley considera tales.

Esto equivale decir que en nuestro derecho la mercantilidad está determinada por ley, no depende de la voluntad de las partes. En otras palabras, es irrelevante que las partes de un contrato lo califiquen como mercantil, pues su comercialidad es un asunto de derecho y no de hecho. Claro, el derecho comercial es una rama del derecho positivo cuya especialidad precisamente reposa en que es de alcance restrictivo. Este principio es universalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. Los actos de comercio son aquellos que de conformidad a la ley son actos de comercio. A modo de ilustración, en Chile, los actos de comercio serían sustancialmente los que enumera el artículo 3° del Código de Comercio. Allí, en sus veinte numerales, esta disposición establece cuáles serían estos actos, sin perjuicio del debate en orden a si la enumeración es taxativa o no y que abordaremos más adelante.

Por último, podemos agregar además que esto se traduce también en una limitación al principio de la autonomía de la voluntad. Tal limitación se justifica en la medida que el derecho comercial es un derecho de excepción que contiene disposiciones particulares, como lo vimos, en materia de prueba, de capacidad, etc., las que siendo de orden público no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, porque significaría, en buenas cuentas, dejar a la elección de ellas la legislación aplicable al acto.

b) TEORÍA DE LO ACCESORIO.-

La doctrina o teoría de lo accesorio tiene su consagración legislativa en el inciso segundo del N° 1 del artículo 3°. Según esta teoría, las operaciones que de un modo accesorio complementan otra actividad principal, asumen la naturaleza de esta última.

Según la regla del inciso segundo del N° 1 del artículo 3° hay actos que aunque aisladamente debieran mirarse mercantiles, se califican de civiles por ser accesorios de una industria principal de carácter civil. A pesar que nuestro Código no lo establece expresamente, se acepta también la regla inversa, o sea, actos que aisladamente son civiles, deben calificarse de mercantiles por ser accesorios de una industria principal mercantil. Así, por ejemplo, el artículo 3° en su N° 1 dice, en general, que comprar para vender es un acto de comercio; así, el agricultor que compra novillos flacos para engordarlos y luego venderlos, no ejecuta, como pareciera a primera vista, un acto de comercio, sino un acto civil, por ser accesorio de su actividad principal agrícola.

Por el contrario, la compra de camionetas de reparto hecha por un comerciante dueño de un autoservicio, sin ánimo de venderlas, sino como auxilio de su actividad mercantil, a pesar de tener por sí sola el carácter de civil, es comercial por ser accesorio de la actividad comercial.

Cuando se habla de “accesorio” para referirse a la teoría que se está exponiendo no se toma el término en el sentido de “accesoriedad jurídica”, tal como una hipoteca accede a la obligación principal; la palabra “accesorio” debe entenderse en sentido económico, de auxiliar o complemento de una operación principal.

A la accesoriedad jurídica se refiere el artículo 1° conforme al cual el Código de Comercio rige las obligaciones “que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”. Lo que significa que si la obligación jurídicamente principal es acto de comercio, lo será igualmente la obligación jurídica accesoria. Es indiferente la calidad de las personas que las otorguen, pues si son o no comerciantes el artículo 1° mercantilizó expresamente esos contratos accesorios y lo mismo debe hacerse respecto de las cauciones otorgadas por comerciantes para garantizar obligaciones principales de tipo mercantil.

Pero no todos los actos comerciales pueden convertirse en civiles ni todos los civiles en comerciales por aplicación de esta teoría. Hay ciertos actos que se denominan esencialmente civiles, los cuales nunca cambian de naturaleza; por ejemplo, los actos sobre inmuebles. Otros actos nunca pierden su calidad de comerciales, cualquiera sea la causa que los motiva; los llamados actos formales de comercio (letras de cambio, pagarés a la orden).

c) ACTOS DE DOBLE CARÁCTER O ACTOS MIXTOS O DE ACTOS UNILATERALES DE COMERCIO.-

La doctrina de los *actos de doble carácter o actos mixtos* o de *actos unilaterales de comercio*, desarrollada en Francia y acogida en Chile. Esta teoría establece que un acto puede ser mercantil para una de las partes y civil para la otra.

La teoría de los actos mixtos o de doble carácter reconoce que en muchos actos y contratos mercantiles intervienen personas para las cuales el acto es mercantil y otras para las cuales ese mismo acto será civil.

Los actos de comercio descritos en el artículo 3° lo pueden ser para ambas partes o sólo para una de ellas. Así lo expresa el mismo artículo 3° diciendo: “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos”, reconociendo la existencia de actos mixtos o de doble carácter, así, por ejemplo, el que compra un automóvil a un comerciante no ejecuta un acto de comercio, sino un acto civil, porque lo compra para su uso personal. El cambio, el distribuidor ejecuta un acto mercantil. En este caso aparece de manifiesto el doble carácter, o carácter mixto del acto: para una parte es acto civil, para la otra, mercantil.

En estos casos de actos mixtos presentan una serie de problemas sobre la ley que debe regirlos.

Para resolver esta cuestión debe distinguirse: a) la competencia y el procedimiento; b) la ley de fondo aplicable; y c) la prueba de las obligaciones.

- a) En cuanto a la competencia y el procedimiento rige el aforismo “el actor o demandante sigue el fuero del reo o demandado”. Si el acto es comercial para el demandado, en cuanto a la competencia y al

procedimiento. Se estará a la ley comercial; en cambio se aplicará la ley civil si el acto es civil para el demandado.

- b) En cuanto a la ley de fondo. ¿A qué legislación de fondo debe sujetarse el acto? Existen tres opiniones. Conforme a la primera, la ley comercial se aplica aún a aquella parte para la cual el acto es civil, pues hay conveniencia en extender la legislación especial a las dos partes. Una segunda opinión, estima que precisamente por ser la ley comercial una ley especial ella no puede aplicarse a los actos que son civiles para una de las partes. Finalmente, la tercera opinión dice que puesto que la ley reconoce que el acto puede ser civil para una parte y comercial para la otra, la ley civil se aplica a una de las partes y la comercial a la otra.

Dentro de esta última corriente, se ha dicho que la ley que rija el acto será la ley del demandado. Pero esta solución que es verdadera para la competencia y el procedimiento es falsa tratándose de la ley de fondo y la ley que rige la prueba. Los actos y declaraciones de voluntad se rigen por la ley vigente al momento de su celebración u otorgamiento y esa ley no puede ser la del demandado porque en ese momento no existe demandado y tal vez nunca llegue a existir. En caso de haber un demandado éste lo será con posterioridad a la celebración del acto y no puede quedar postergada hasta ese momento la determinación de la ley que rige el acto. De seguirse la opinión combatida aquí, no se sabría que ley rige el contrato en caso de no haber litigio.

- c) En lo tocante a la prueba. ¿A qué prueba deberá sujetarse? Si se trata de rendir prueba contra la persona para quien el acto es civil, ella sólo podrá rendirse con arreglo al Código Civil. Y, por la inversa, contra la persona para quien el acto es comercial, sólo se puede probar el hecho por los medios que autoriza el Derecho Mercantil. Se aplica por consiguiente la ley de la parte en cuya contra se rinde la prueba.

4) El problema de la mercantilidad de los inmuebles.-

Tradicionalmente la doctrina nacional se inclina por considerar que los bienes inmuebles están excluidos de la mercantilidad, es decir, que los actos que recaen sobre ellos no son actos comerciales y, por lo mismo, no están regidos por la legislación comercial.

El gran profesor de Derecho Comercial chileno, don Gabriel Palma sostuvo en su tiempo que: “No es mercantil la compra de un inmueble, aun hecha con el ánimo de revenderlo. Todos los actos referentes a inmuebles quedan fuera de la legislación comercial y este es un principio de legislación universal que tiene dos excepciones”. Agrega este autor, que: “La razón de esta exclusión radica en que el comercio necesita rapidez en sus operaciones y los inmuebles están sujetos a muchas trabas y formalidades que se oponen a la celeridad que caracteriza a los actos de comercio”.

“Las dos excepciones a que alude anteriormente son: el Código italiano de 1882, que incluye entre los actos de comercio la compra de un inmueble con ánimo de revenderlo. No incluyó todas las compras de inmuebles: no es acto de comercio la compra de inmuebles hecha con el ánimo de arrendarlos. Y el Código Portugués moderno.

La opinión de otra gran profesor comercialista chileno, don Raúl Varela no se aparta de lo anteriormente expuesto, al expresar: “La venta de cosa inmueble no es acto de comercio. Ulpiano, considerado uno de los grandes juristas de Roma, expresaba la idea diciendo que “la palabra mercadería pertenece sólo a las cosas muebles y bien se sabe que la ley comercial ha considerado desde antiguo como acto de comercio las operaciones especulativas sobre mercaderías”.

Para el profesor Ricardo Sandoval, es criticable la idea de que el acto de comercio sea inherente a la naturaleza mueble de la mercadería, porque hay muy buenas razones para extender la legislación mercantil a operaciones sobre inmuebles, ya que éstos son susceptibles de la misma especulación que los muebles. En el último cuarto del siglo XX, los Código de Comercio han incorporado los bienes raíces al dominio de la legislación comercial, como ocurre por ejemplo con el Código de Colombia, de 1974, cuyo artículo 20 N° 5 considera acto de comercio “la adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma y la enajenación de los mismos”. No distingue entre bienes muebles e inmuebles, con lo cual estos últimos quedan comprendidos en la materia comercial.

El Código de Comercio chileno, en virtud de una reforma introducida por el D.L. N° 1953, de 15 de octubre de 1977, acerca los inmuebles a la mercantilidad, en el número 20 del artículo 3°, agregando precisamente por el citado texto, al declarar que son actos de comercio “Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza”. Es evidente que no se mercantilizan las transacciones u operaciones sobre inmuebles, pero la actividad de la construcción de bienes raíces por adherencia, cuando se lleva a cabo a través de empresas de construcción, para tener el carácter de comercial, con todas las consecuencias que ello implica, particularmente respecto de la quiebra, que será la de un sujeto que ejerce actividad comercial, según el artículo 41 de la Ley de Quiebras (N° 18.175).

Sin duda hace falta en Chile una reforma de fondo que declare comercial la actividad empresarial inmobiliaria, para estar en armonía con el tráfico mercantil moderno, en el cual los inmuebles son objeto de negociación masiva y permanente al igual que los muebles.

La jurisprudencia chilena en forma casi invariable ha tratado de dejar al margen de la mercantilidad los actos que versan sobre inmuebles. Por ejemplo, se sostuvo en un fallo que: “Si se forma una sociedad para explotar un negocio de compraventa de terrenos, construcción de edificios y materiales de construcción teniendo como base la adquisición de los terrenos, y se conviene

que durará dos años y se liquidará inmediatamente si antes de esa fecha se hubieren vendido los terrenos, esa sociedad es civil y no comercial, porque el objeto principal de la sociedad no puede estimarse como un acto de comercio (Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. VI, 2ª parte, p.83).

La Corte de Apelaciones de Valdivia, estableció: “El encargo de vender un fundo es un acto de comercio porque constituye corretaje” (Gaceta de los Tribunales de 1915, 2º Semestre, N°485, página 129 5).

IV.- CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE COMERCIO.

Los actos de comercio a que se refiere el artículo 3º del Código de Comercio pueden agruparse desde diversos puntos de vista.

a) Así, **de acuerdo al lugar en que se ejecuten** puede ser actos relativos al **comercio terrestre** (Nº 1 al 12º inclusive, y el Nº 20º), y **actos de comercio marítimos** (Nº 13 al 19º inclusive).

b) De acuerdo al criterio de mercantilizado empleado, pueden clasificarse así:

- 1) Actos para cuya calificación se atiende **al elemento intención de las personas que los ejecuta**: los comprendidos en los N°s 1º al 4º del artículo 3º del C. de C.;
- 2) **Actos que son siempre mercantiles, sin atender a la intención de la persona que lo ejecuta ni a su carácter de empresa: los enumerados en el artículo 3 N° 10**, llamados también actos formales de comercio.
- 3) Actos que se califican de mercantiles por ser ejecutados por una **empresa: los indicados en los N°s 5º al 9º y N°20º del artículo 3º**.

VI.- ANALISIS DE LOS ACTOS DE COMERCIO ENUMERADOS EN EL ARTICULO 3º DEL CODIGO DE COMERCIO.

El artículo 3º contiene 20 numerandos que indican los diferentes actos de comercio que consagra nuestra ley. En cuanto a si esta enumeración es taxativa o enunciativa, lo veremos una vez finalizado el análisis de cada uno de estos actos.

El artículo 3º expresa: “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos”, lo cual significa que un acto puede ser a la vez de comercio para una de las partes y civil para la otra. Estos son los denominados actos mixtos o de doble carácter, como tuvimos ocasión de verlo anteriormente.

❖ **ARTICULO 3° N° 1° LA COMPRA Y PERMUTA DE COSAS MUEBLES, HECHAS CON ANIMO DE VENDERLAS, PERMUTARLAS O ARRENDARLAS EN LA MISMA FORMA O EN OTRA DISTINTA, Y LA VENTA, PERMUTA O ARRENDAMIENTO DE ESTAS MISMAS COSAS.**

Como puede observarse a primera vista, la disposición trata de dos actos distintos: **la compra** con ánimo de reventa, permuta o arrendamiento, y **la venta**, permuta o arrendamiento de cosas compradas o permutadas con ese fin.

Ha sido tradicional la lectura que se ha dado al art. 3° N° 1 como referido a un contrato nominado (la compraventa) y no a un hecho, a una actividad determinada. La compraventa mercantil a que se refiere el art. 3° N° 1 del Código de Comercio importa una actividad específica y no constituye la definición de un acto jurídico nominado.

Para que la compra sea calificada de mercantil deben concurrir estos dos requisitos: 1º) que verse sobre cosas muebles y 2º) que la compra sea hecha con ánimo de vender, permutar o arrendar estas mismas cosas obteniendo una ganancia o lucro comercial.

1º) Que verse sobre cosas muebles.- La compra ha de referirse a cosa mueble. Si la cosa no es mueble queda fuera de la disposición. El carácter de mueble de una cosa lo define el Código Civil que considera muebles no sólo las cosas susceptibles de moverse de un lugar a otro, sino también los hechos que se deben y no únicamente a las cosas materiales sino también los derechos, que son muebles o inmuebles según las cosas en que recaen (art. 567, 580 y 581 del Código Civil).

Puede también recaer sobre un mueble por anticipación, como cuando se compra un bosque para venderlo convertido en tablas o maderas elaboradas.

Quedan excluidos, por lo tanto, los inmuebles que, aunque se compren con ánimo de venderlos, no se ejecuta un acto de comercio.

2º) Que la compra o permuta sea hecha con el ánimo de vender, permutar o arrendar esas mismas cosas. Lo que da pues, carácter mercantil al acto es el ánimo del que hace el negocio. Este ánimo de intermediación que se expresa en la reventa, permuta o arrendamiento de la cosa, debe existir al momento de celebrar el acto. No tiene importancia que el propósito se cumpla o no, después. Si existió este ánimo al nacer el acto, éste será mercantil aun cuando con posterioridad el ánimo desaparezca. A la inversa, si el acto, por la no existencia de ese ánimo nació civil, conserva su carácter aunque después la cosa se venda, se arriende o se permute, como por ejemplo, todas aquellas cosas que se compran para guardarlas o para consumirlas, serán materia de una compra civil.

Basta que falte el ánimo de revender, permutar o arrendar las cosas compradas, para que el acto no sea considerado como mercantil. Por otra

parte, no es preciso que la intención se realice, ya que la ley sólo exige que esa intención exista al tiempo de la compra; los hechos posteriores, pues, no modifican en nada el carácter que el acto ya tenía. Así, por ejemplo: una persona compra una cosa con el propósito de revenderla, pero después ve que esa cosa le hace falta y la destina a su uso particular; esa compra es mercantil. Al revés, si una persona compra una cosa mueble sin ánimo de revenderla, permutarla o arrendarla, y después, cambiando de idea, trata de negociarla, la intención adquirida posteriormente a la compra, no altera el carácter civil de ésta.

Hay que determinar, por lo tanto, un acto psicológico interno, la intención del comprador, para saber si un acto es o no comercial. Por ser este ánimo algo interno, propio de la vida psicológica del individuo, puede presentar dificultades la prueba de su existencia al momento de generarse el acto. En el fondo esta prueba va a ser una presunción y el ánimo ordinariamente va a resultar probado en forma indirecta por un conjunto de circunstancias que hacen deducirlo en cada caso concreto, como ser: la profesión del comprador, la cantidad de cosas compradas, etc. Si Paulo compra una gran partida de azúcar y además tiene un almacén, es lógico presumir que compró la mercadería con el ánimo de reventa, o si Cayo que tiene una zapatería compra una partida de cueros. Es lógico suponer que lo hace para revenderla (transformarla en zapatos, carteras, etc.). De manera, pues, que en caso de duda, incumbe probar la intención al que alega la mercantilidad del acto (esto se debe a que la ley comercial es una excepción al derecho Civil). En caso que faltare la prueba, naturalmente habría que admitir que el acto es civil.

Además, el ánimo o propósito de venta, permuta o arrendamiento debe ser **principal**, constituir el móvil mismo del acto. Si el ánimo es secundario la situación cambia. Si el dueño de una viña elabora vino y compra botellas para envasarlo, está comprando estas botellas con el propósito de revenderlas, es claro que llenas de vino. Esta compra no es acto de comercio, sino una operación auxiliar de esta operación principal no mercantil. Es lo que dice el inciso final del N° 1 del Art. 3°, “Sin embargo, no son actos de comercio la compra de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial”. En este precepto tiene lugar la teoría de lo accesorio, que ya vimos.

Por último, habría que decir que el Código habla de de “compra y permuta... hecha con ánimo ...etc.”; pero no dice si la intención del comprador debe o no comprender la esperanza de lucrar. Como vemos, no es muy claro ni preciso en su redacción, pero siempre se ha entendido que el ánimo debe ir acompañado del propósito de especular, de obtener una ganancia. De manera que no basta la simple intención de revender, sino que debe tratarse de una intención especulativa.

De conformidad con el N° 1 del artículo 3°, no sólo la compra de cosas muebles con ánimo de revenderlas, permutarlas o arrendarlas es acto de comercio, sino que también **la venta, permuta o arrendamiento de esas mismas cosas**, cuando las cosas se han adquirido (comprándolas o permutándolas) con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas. Aquí el

carácter mercantil se lo da el acto la compra mercantil antecedente. Lo manifiesta el art. 3º N° 1 al decir “Esas mismas cosas”, es decir, con intención, con esperanza de lucrar con ellas. De donde se desprende que la venta de cosas que no han sido compradas con el objeto de comerciar con ellas no es acto mercantil o, en otros términos, esa venta sólo constituiría un acto meramente civil. Si compro un automóvil para mi uso particular y después lo vendo porque en realidad no me gustó el color, la venta del automóvil es civil porque la compra que del mismo yo había hecho no era comercial debido a la falta del ánimo de especulación.

También se puede sacar como consecuencia que las cosas adquiridas a título gratuito, legado, donación, etc., y que posteriormente son vendidas, permutadas o arrendadas con el fin de lucrar con ellas, no serán por esto (la venta, permuta o arriendo se entiende) actos comerciales, sino civiles.

Resumiendo, toda venta que no haya sido precedida de una compra con ánimo de vender, es decir, de una compra mercantil, no es venta mercantil. Quedan excluidos del derecho comercial, por tanto, los actos de la industria extractiva, como la agricultura y la minería. Toda la venta de la producción de un fundo es civil.

Todo lo expresado anteriormente es aplicable respecto a la **PERMUTA** (venta doble).

❖ **ARTICULO 3º N° 2º LA COMPRA DE UN ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.**

Lo que determina aquí la mercantilidad del acto es su **objeto**. No importa el ánimo o propósito con que se haga la compra del establecimiento. Por el solo hecho de comprarse un establecimiento de comercio, la compra es mercantil, aun cuando el comprador no lo destine a negocios comerciales. La ley no atiende a la intención, la que naturalmente será la de explotar dicho establecimiento, aunque en casos extremos pueda mantenerse cerrado a fin de eliminar una competencia, lo que no quitará el carácter mercantil a la adquisición sino por el contrario, lo acentuará.

Qué se entiende por establecimiento de comercio. Establecimiento de comercio es un conjunto de bienes organizado que el comerciante tiene destinado al ejercicio de su comercio. Este conjunto de bienes, por efecto de su organización y de otros factores adquiere un valor superior a las cosas que lo componen, consideradas individualmente. De aquí el interés de realizar actos jurídicos respecto de todo el establecimiento, y de dedicarle un número especial en el artículo 3º a pesar de que la compra de cosas muebles ya estaba legislada en el N° 1 del artículo 3º.

Al comprar un establecimiento de comercio se compra el **TODO**, comprendidas en él cosas absolutamente incorpóreas e intangibles como la clientela, el nombre, el derecho de llave, la marca, el crédito, etc.

El establecimiento de comercio no ha sido objeto de una reglamentación sistemática en nuestra legislación mercantil. Aparte del artículo 3° N°2, el Código de Comercio hace referencia al establecimiento de comercio en el artículo 369, relativo a la razón social, y en el artículo 524, en que dispone que puede ser asegurado con o sin designación específica de las mercaderías que contenga.

La venta también se estima generalmente como comercial a pesar de que la ley nada dijo sobre ella. Si la compra es generalmente el acto con que una persona se inicia en la vida de los negocios, la venta es el último con que el vendedor se despide de ellos.

Sabemos que la compraventa es un contrato que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes. La compraventa de un establecimiento de comercio no ha sido considerada en el Código como un acto jurídico solemne; en consecuencia, basta que los interesados estén de acuerdo sobre la cosa vendida y su precio para que el contrato pueda celebrarse válidamente. En la práctica conviene que se celebre por escritura pública, cuando en ella se comprende, por ejemplo, derechos sobre el nombre comercial registrado, marcas comerciales o de fábricas registradas, modelos o diseños industriales, patentes de invención, patentes municipales, etc.

Por último, digamos que en el establecimiento de comercio no está comprendido el bien raíz. Los negocios jurídicos sobre inmuebles son ajenos a la mercantilidad; la venta de un establecimiento comercial no le da por accesoria el carácter de acto de comercio a la venta del inmueble.

❖ ARTICULO 3° N° 3° EL ARRENDAMIENTO DE COSAS MUEBLES HECHO CON ANIMO DE SUBARRENDARLAS.

Para que el arrendamiento sea mercantil es menester que vaya precedido de una compra mercantil, es decir, debe haberse comprado una cosa mueble con el ánimo de arrendarla y de obtener ganancias.

El arrendamiento que se haga de una cosa así adquirida será acto de comercio, a pesar de lo cual se regirá por el Código Civil por no existir en el Código de Comercio disposiciones que lo contemplen.

Lo anterior es lo que se deduce de lo dispuesto en el N°1 del artículo 3° del Código de Comercio, pero en conformidad con el N°3 de este mismo artículo también el arrendamiento puede ser mercantil: cuando se arriendan cosas muebles con el ánimo de subarrendarlas.

En este segundo caso se atiende al ánimo del arrendador al momento de celebrar el contrato de arrendamiento, debiendo repetirse aquí todas las situaciones y soluciones establecidas en el caso de la compra mercantil.

Finalmente, repitamos que el Código de Comercio no contiene norma alguna acerca del contrato de arrendamiento, y deben aplicarse a él las normas del

Código Civil. Sin embargo, es importante saber si el arrendamiento es civil o comercial para los efectos de la **prueba, quiebra**, etc.

❖ **ARTICULO 3° N° 4° LA COMISION O MANDATO COMERCIAL .-**

El N° 4 del artículo 3° establece que es acto de comercio “la comisión o mandato comercial”. Tiene un defecto la redacción, porque considera sinónimas las voces “mandato” y “comisión”, siendo que según los artículos 233 y 234, no lo son. El mandato es el género y la comisión es una especie de ese género.

Tampoco se refiere este número a todas las especies de mandato; de modo que esta disposición no nos da la regla para saber cuándo el mandato es mercantil.

El Código nos habla, en el Título VI del Libro II del Mandato Comercial, contrato que también está definido en el Código Civil. Era necesario que el Código de Comercio nos diera los rasgos distintivos del mandato comercial, que nos permitan diferenciarlo del contrato civil.

Efectivamente, en su artículo 233, el cual nos dice: **“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 dar cuenta de su desempeño”**.

La definición es contractual, lo mismo que la que contiene el Código Civil en su artículo 2116¹, con una diferencia: que el mandato es comercial cuando el negocio, objeto del encargo, es acto mercantil para el mandante. De manera que, para saber si un mandato es comercial no se atiende a si el mandatario recibe o no remuneración, sino a la naturaleza del acto encomendado. Si el o los actos encargados son civiles, el mandato es civil; si, por el contrario, el o los actos encargados son comerciales, la comisión será comercial. Por ejemplo: una persona que se ocupa de la compra y venta de frutos del país, encarga la venta de una partida de ellos a un agente; como la naturaleza del acto encomendado es mercantil, será comercial el mandato. Por la inversa, un agricultor, que para la venta de la cosecha de su fundo se vale de un agente, otorga un mandato civil. No hay que atender, para calificarlo al carácter que tenga el acto encomendado para con el tercero contratante. Para mayor claridad un ejemplo: en el último caso propuesto, aunque el agente comisionista lo venda a una persona que tenga el propósito de revenderlo, no por eso pierde el mandato su carácter civil, y lo mismo ocurriría en el caso inverso.

El Código de Comercio, en su artículo 234, nos dice que hay tres especies de mandato comercial:

- La comisión,

¹ “Art. 2116. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.

- El mandato de los factores y mancebos o dependientes de comercio,
- La correduría (de que trata el Título III del Libro I) o mandato de los corredores.

Esta distinción corresponde más o menos a la que el Código Civil hace entre el mandato general de administración y los mandatos especiales.

El **factor** es el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante (art.237 del C. de C.) Es este un acto de comercio para el mandante, pues el mandato es necesario en su actividad comercial.

Los dependientes o mancebos son las personas que tiene el comerciante a su lado para que lo auxilien en las operaciones de su giro, actuando bajo su dirección inmediata (art. 237 inc.2º) Son, lo que vulgarmente se entiende por empleados de un establecimiento de comercio. Estos mandatarios tienen un poder restringido, ya que operan bajo la mirada del principal. No tienen un poder general de administración, como el factor, y para una serie de actos necesitan poder escrito, sin el cual no pueden obrar.

La **comisión** es un mandato mercantil que recae sobre un negocio singular (art.235. Le encargo a "X" que me compre una mercadería que luego yo voy a vender; o bien, lo comisiono para que me venda cierto artículo.

La comisión es el típico mandato comercial, cuya mercantilidad resulta del carácter comercial del negocio que encarga el mandante.

Los **corredores** están concebidos en el Código como "oficiales públicos instituidos por la ley para dispensar su mediación asalariada a los comerciantes y facilitarle la conclusión de sus contratos" (art. 48).

El nombre de corredores les viene de la forma como desarrollan sus actividades. Por regla general, no representan; los contratos en que intervienen corredores se concluyen entre las partes, acercadas y puestas de acuerdo por él. Como va de una parte a otra, llevando al que quiere comprar la noticia del que quiere vender, y viceversa les ha venido el nombre de corredores.

Estas son pues, las tres especies de mandato comercial que existen.

❖ **ARTICULO 3º N° 5 LAS EMPRESAS DE FABRICAS, MANUFACTURAS, ALMACENES, TIENDAS, BAZARES, FONDAS, CAFES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS SIMILARES.**

El Artículo 3º, N°5º, 6º, 7º, 8º, 9º y N°20º, toma en consideración el **elemento empresa** para calificar de mercantiles las actividades que quedan comprendidas en dicha enumeración. Por consiguiente, cuando una empresa se organiza jurídicamente bajo alguna de las formas que el derecho comercial ofrece, y se dedica a alguna de las actividades contempladas en la enumeración ya citada, dichas actividades o servicios prestados constituyen para ella un acto de comercio.

El artículo 3° se refiere a diversas empresas, declarando mercantiles los actos realizados por ellas. Pero en ninguna parte se preocupa de estudiar a fondo el elemento empresa, salvo en el artículo 166 del Código de Comercio que da un concepto incidental de lo que debe entenderse por empresario y por ende, por empresa, de modo que ha sido la doctrina la que ha debido suplir esta omisión.

El artículo 166 inciso final dice: “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 transporte**, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo”. Dicho en otros términos y ampliando la idea más allá del transporte, el empresario sería “el que organiza el capital propio o ajeno y el trabajo ajeno, poniéndolo a disposición del público”.

Resulta novedoso señalar que este artículo, contiene el único concepto de empresa que existe en nuestra legislación mercantil, aún cuando limitado al contrato de transporte y con una redacción que no se presta para extenderlo a otro tipo de actividades mercantiles.

El Código del Trabajo, en su artículo 3°, nos da un concepto de empresa, definiéndola, para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social: “se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de los fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Como se advierte, el concepto de empresa en el Código del Trabajo es indudablemente más amplio que el que usa el Derecho mercantil, porque aquél comprende también las actividades que no persiguen ninguna finalidad de lucro, tan característico de lo mercantil.

Desde el punto de vista económico, la empresa es una **organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de generar ganancias**.

Los elementos de este concepto económico que, con diferencia de matiz, sigue la mayoría de los economistas, son: a) Una organización destinada a enfrentar una actividad en forma metódica y profesional; b) Dicha actividad tiene que ser económica; y c) El propósito de lucrar con el ejercicio de dicha actividad.

La empresa es, en su esencia natural, una realidad económica y, en su explicación racional y lógica, un concepto económico.

El cometido del derecho y labor de los juristas es dar forma, comprensión y regulación normativa a la realidad económica. Pero cuando esta tarea se ha centrado en la realidad económica de la empresa, los juristas (fundamentalmente mercantilistas) ante la dificultad de llegar a un concepto legal de ésta suficientemente comprensivo y cabalmente unitario e integrador de la heterogeneidad de sus elementos combinados y de la complejidad de su

organización, sólo han considerado su aspecto o dimensión patrimonial, limitándose, por lo general, a proponer el encuadramiento de la empresa dentro de las categorías jurídicas patrimoniales reconocidas desde el pasado por el Derecho, a fin de ofrecer así un molde o figura jurídicamente comprensible en la que quede preservada la unidad económica básica de la empresa y sujeta ésta al régimen jurídico propio de la categoría que la encuadre.

Una de las categorías jurídicas con mayor capacidad de comprensión, unificación e integración de las realidades sociales y económicas es, sin duda, la persona jurídica. La personalidad –se dice- es el recurso técnico unificador por excelencia. No es extraño, pues, que se haya pretendido concebir jurídicamente la **empresa como persona jurídica**, dotada así de unidad jurídica subjetivizada con atributos propios de la personalidad (nombre, nacionalidad, domicilio, patrimonio) y con plena independencia respecto del empresario. Esta doctrina subjetivadora, es seguida por los juristas alemanes.

Desde una distinta perspectiva no subjetiva sino patrimonialista, pero con el mismo propósito de someter la empresa a un esquema jurídico unitario y dotarla así de autonomía y primacía respecto del empresario, se ha pretendido también concebir la **empresa como un patrimonio autónomo** que, por su concreta destinación o finalidad, su sistema específico de administración, contabilidad y representación, y su propio nombre se diferencia del patrimonio civil o doméstico del empresario. Sobre la huella del peculio afecto a una actividad o fin empresarial, afectación que lo separa e incomunica del patrimonio no empresarial del empresario (doctrina es conocida como patrimonio de afectación).

Volviendo a nuestro análisis del Artículo 3° N° 5° (Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes), debemos advertir que no son las empresas los actos de comercio, sino los actos realizados por ellas, sean de compraventa o de transporte o de cualquiera otra naturaleza, sin perjuicio de los más importantes que se dan, naturalmente, en la transformación fabril o manual de materias primas.

Por **fábrica o manufactura** se entiende la transformación de la materia prima mediante el trabajo humano o de maquinaria con miras a obtener un producto perfectamente determinado o individualizado.

La transformación de esas materias primas será acto mercantil, ya sea que dichas materias primas las entregue un proveedor, o que sea el propio fabricante quien las adquiera o produzca él mismo, lo que puede suscitar alguna dificultad, pues será una cuestión de hecho determinar cuándo un agricultor, pescador o minero ejerce una industria civil al transformar sus productos para venderlos, venta que en principio sería civil por no provenir de una compra mercantil, o tiene esa transformación la jerarquía de una fábrica o manufactura, en cuyo caso serían mercantiles sus operaciones de conformidad con el número que aquí estamos estudiando.

En cuanto a los “almacenes, tiendas y bazares”, los actos de estos establecimientos son mercantiles, pues se trata de verdaderas empresas cuyo giro principal es la compra y reventa de cosas muebles de todas clases. Lo mismo se puede decir respecto de “las fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”.

Por último, digamos que se trata de una enumeración enunciativa y no taxativa, es decir, no sólo las empresas directamente enumeradas deben considerarse mercantiles, sino también las que sean semejantes. Esto resulta evidente si observamos que el N° 5, luego de una enumeración de algunas empresas, agrega la frase: “y otros establecimientos semejantes”; admite pues, de modo directo, por lo menos respecto de este número, crear por analogía de situaciones, otras empresas mercantiles distintas a las enumeradas, como por ejemplo, los hoteles, puedan quedar comprendidos en esta característica mercantil.

❖ **ARTICULO 3° N° 6 LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE POR TIE RRA, RÍOS O CANALES NAVEGABLES.**

Tiene una omisión este número, se omite las empresas de **navegación lacustre**, y sin embargo, las reglas del transporte terrestre se aplican al transporte en los lagos navegables. Así lo indica el epígrafe del Título V del Libro II. El olvido del legislador al redactar el N° 6 del artículo 3°, no tiene, pues, ninguna importancia.

El art.166 que define el contrato de transporte diciendo: “El transporte es un contrato en virtud del cual uno obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos o ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas, y a entregar éstas a las personas a quien vayan dirigidas.

La disposición citada señala 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 trasportes, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo”.

El concepto es importante, puesto que el porteador, o sea, la persona que contrae la obligación de conducir, ejecuta un acto civil cuando realiza el transporte por sí mismo; pero si está organizado como una empresa de transporte, no solamente la conducción, sino todos los actos propios de su giro son mercantiles. La norma se refiere al transporte hecho por empresas. El transporte en sí mismo es un acto civil.

A pesar de lo señalado anteriormente, el contrato de transporte terrestre, ya sea ejecutado por un empresario o no, y ya sea que lo realice un comerciante o un particular, sea un acto civil o mercantil, en todo caso se regirá por las disposiciones que para el transporte terrestre contempla el título V del Libro II del Código de Comercio, en virtud de lo que dispone el artículo 171 del mismo, toda vez que el contrato de transporte no se encuentra regulado por la legislación civil.

Deberá sí entenderse esta disposición en el sentido de que se le aplicarán únicamente las reglas de fondo al transporte civil, y siempre subsistirá el interés de averiguar si es acto de comercio para las otras finalidades, como la prueba del contrato, la calificación de la profesión, etc.

Respecto del cargador, esto es, el que encarga la conducción, habrá que atenerse a la teoría de lo accesorio para averiguar si el contrato es para él mercantil o no. De manera que sólo será mercantil cuando accesoriamente contribuya a la ejecución de un acto de comercio.

En cuanto al transporte que se verifica por mar, éste siempre es mercantil, está mencionado en los números 15° y 16° del artículo 3° y está tratado en el Libro III del Código de Comercio.

En cuanto al transporte aéreo, el Código Aeronáutico no contempla reglas para regular el carácter que tenga este contrato, por lo que habrá que atenerse a las normas generales que hemos expuestos precedentemente para decidir sobre su mercantilidad.

❖ **ARTICULO 3° N° 7 LAS EMPRESAS DE DEPÓSITO DE MERCADERÍAS, PROVISIONES O SUMINISTROS, LAS AGENCIAS DE NEGOCIOS Y LOS MARTILLOS.**

Trata esta disposición de cuatro clases distintas de actos de comercio (las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martilleros).

a) Empresas de depósitos de mercaderías.- En primer lugar, respecto de las empresas de depósito de mercaderías, debemos señalar que el depósito en sí mismo es un acto civil. El hecho de que se constituya una empresa con fines de lucro para explotar el ramo de depósito de mercaderías que hagan los particulares, da al empresario el carácter de comerciante y a los actos de depósito que él celebre la característica de mercantiles.

Una vez más, cabe añadir que no solamente serán mercantiles estos contratos, sino todos los actos accesorios del giro de la mencionada empresa.

Especial importancia tienen dentro de este rubro las empresas de Almacenes Generales de Depósito (Warrants), regidas por la Ley 18.690, de 1988. Estas empresas reciben en custodia o depósitos mercaderías, productos de la tierra, de la minera, de la industria, y otorgan como comprobante del acto un certificado de depósito, en el cual se declara el contrato de depósito y se describe la mercaderías, de manera que basta leer el documento para constatar la calidad y cantidad de las mercaderías depositadas. Este documento es negociable mediante el endoso que hace posible la tradición sin necesidad de desplazamiento material. Es una traditio brevis manus, como dirían los romanos.

Junto con este certificado, la empresa depositaria entrega un vale de prenda o warrants. El vale de prenda sirve para garantizar obligaciones. Mediante el endoso de Vale de Prenda surge el derecho real de prenda sobre las mercaderías depositadas.

b) Las empresas de provisiones o suministros.-

La primera observación que cabe hacer en cuanto a este numeral es la que el Código no debió haber empleado la conjunción “o” sino “y”, porque tanto las empresas de provisiones como las de suministro son mercantiles.

La ley no ha definido ni limitado sobre qué debe recaer la provisión o el suministro, de modo que puede formar parte de estos actos los bienes, los servicios, las gestiones y las meras informaciones.

La doctrina define a la empresa de suministros como aquella constituida para facilitar el goce, la utilización de bienes, servicios, gestiones o informaciones mediante cierto precio fijado de antemano y que permanecerá invariable durante un cierto lapso.

En algunos casos este tipo de empresas puede llegar a tener el alcance de una empresa de servicios público, pero en cualquier caso no es esta circunstancia sino la uniformidad de tratamiento para la clientela a su servicio, o de las prestaciones, y la mantención de tarifas uniformes durante cierto período, lo que define a una empresa de suministro.

Por otro lado, generalmente sus actividades son masivas y se traducen en contratos de adhesión.

Respecto del que recibe la provisión o goza de la cosa suministrada, habrá que atender, como siempre, a la teoría de lo accesorio, la que permitirá decidir si el contrato tiene para él carácter de comercial o civil.

Así, por ejemplo, el suministro de agua potable o energía eléctrica para una empresa industrial es sin duda alguna para ella también un contrato mercantil, en tanto que la misma prestación de servicio para un particular revestirá para éste el carácter de un contrato civil.

Pueden citarse como empresas de provisiones las que abastecen el rancho en las unidades militares, cuarteles de policía, establecimientos penales, etc., y como empresas de suministros las de agua potable, electricidad, teléfonos, pompas fúnebres, editoriales, diarios y revistas, y otras similares.

c) Agencias de negocios.- La expresión necesita una explicación ya que no corresponde a una idea jurídica precisa dentro de nuestro Derecho. Fue tomada ella del Código francés y traducida a nuestro idioma, por lo tanto, para encontrar el significado de esta noción hay que ir al Código francés.

Según los comentadores, se tomó en consideración el hecho de que en las grandes ciudades hay individuos que tienen oficinas abiertas y cuyos servicios se ofrecen al público para fines diversos; buscar casa para arrendar o comprar, artistas para televisión y cine; jugadores de futbol, etc. Todos estos servicios suponen una organización permanente y caben dentro de la noción de agencias de negocios.

En resumen, las agencias de negocios son intermediarias por naturaleza y prestan a su clientela servicios muy variados, incluyendo el desempeño de toda clase de mandatos.

Entre las agencias de negocios más comunes, figuran las de empleos, de avisos, publicaciones, publicidad y propaganda; las agencias de turismo y viajes, de informaciones comerciales, y en algunos países, también, las agencias matrimoniales.

En cuanto a la mercantilidad del acto para el cliente, habrá que recurrir, como siempre, a la teoría de lo accesorio. La mercantilidad resulta para el que profesionalmente hace de agente; el contrato con él hace un acto civil

d) Los martilleros.-

El Título IV del Libro I que se refería a los martilleros fue derogado por la Ley N° 18.118, de 1982, que es la norma que regula el ejercicio de la actividad de martillero.

Los martilleros, son personas encargadas de vender al mejor postor productos naturales, muebles y mercaderías.

La ley declara comercial la actividad de martillero que se ejerce bajo la organización empresarial.

❖ ARTICULO 3° N° 8 LAS EMPRESAS DE ESPECTACULOS PUBLICOS, SIN PERJUICIO DE LAS MEDIDAS DE POLICIA QUE CORRESPONDA TOMAR A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

No hay dificultad alguna para comprender que los espectáculos públicos son actos de comercio, ya que el empresario proporciona, mediante toda la organización del teatro, cine o circo, eventos musicales, deportivos, contratación de artistas, películas, deportistas, etc., los entretenimientos que el público desea. El empresario viene a ser un intermediario entre los artistas y el público. De manera que quedan comprendidas en este número todas las empresas que tengan por objeto divertir o entretener al público, como los teatros, cines, circos, parques de entretenimiento, etc. En consecuencia, quedan excluidas las que tengan un fin científico, de beneficencia, etc.

La naturaleza de los espectáculos no obsta a su mercantilidad, y para el empresario son actos de comercio tanto la contratación con artistas, autores,

tramoyistas, decoradores, acomodadores, etc. El empresario es comerciante, porque contrata y especula con el trabajo ajeno. A la inversa, los artistas y demás personas anteriormente nombradas son meros dependientes, trabajadores que prestan sus servicios, y no tienen, por esta razón, la categoría de comerciantes ni ejecutan actos de comercio de ninguna naturaleza.

En cuanto a la frase final “sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa”, dichos asuntos son de competencia de los Juzgados de Policía Local.

❖ ARTICULO 3° N° 9 LAS EMPRESAS DE SEGURO TERRESTRE A PRIMAS, INCLUSO AQUELLAS QUE ASEGURAN MERCADERÍAS TRANSPORTADAS POR CANALES O RIOS.

El seguro es un contrato sobre riesgos y está tratado en el Título VIII del Libro II del Código de Comercio. El artículo 512 del Código de Comercio define el seguro diciendo: “El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todo o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados”.

Como podemos apreciar, el seguro es un contrato de indemnización que tiene por objeto compensar la ocurrencia de ciertos riesgos: accidentes, incendios, etc. El seguro jamás puede significar jurídicamente ganancias; es eminentemente indemnizatorio (compensatorio).

Lo que la ley declara mercantil no es el contrato de seguro terrestre a prima, sino la empresa de seguros, la actividad del asegurador organizado en empresa.

Actualmente, el comercio de seguros a prima no puede ser ejercido por personas naturales sino que solamente por empresas constituidas como sociedades anónimas supervigiladas por la Superintendencia de Valores y Seguros, de modo que el asegurador será comerciante y el seguro a prima será un acto de comercio.

En cuanto al seguro marítimo, el número 9° no se refiere a él, lo que no quiere decir que no sea mercantil, pues está señalado, junto con todos los contratos del derecho marítimo, que son siempre mercantiles.

En cuanto al asegurado, en el seguro terrestre a prima tendrá que atenderse a la teoría de lo accesorio para determinar si el contrato es o no mercantil para él.

En cuanto a la referencia final del N° 9°, a que son comerciales las empresas de seguros terrestres a prima “aunque aseguren mercaderías transportadas por canales o ríos”, es innecesaria, porque el seguro terrestre a prima es mercantil cuando verse sobre cosas objeto de un transporte terrestre, por cualquier vía que se realice.

❖ **ARTICULO 3° N° 10 LAS OPERACIONES SOBRE LETRAS DE CAMBIO, PAGARES Y CHEQUES SOBRE DOCUMENTOS A LA ORDEN, CUALESQUIERA QUE SEAN SU CAUSA Y OBJETO Y LAS PERSONAS QUE ELLA INTERVENGAN, Y LAS REMESAS DE DINERO DE UNA PLAZA A OTRA HECHAS EN VIRTUD DE UN CONTRATO DE CAMBIO.**

El artículo 3° N° 10, declara mercantiles: “Las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que ellas intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio”.

Esta redacción fue introducida por la Ley 18.092, de 1982 que contiene las normas sobre letras de cambio y pagarés.

Existe en este artículo un error de redacción, ya que no es la intención del legislador que las operaciones sobre letras de cambio, pagarés o cheques sean a la orden para tener el carácter de mercantiles.

Ya que, serán mercantiles las operaciones sobre letras de cambio, sean estas nominativas o a la orden (no existen letras de cambio extendidas al portador), y serán mercantiles las operaciones sobre pagarés o cheques extendidos al portador, a la orden o en forma nominativa.

Lo que en realidad quiso decir el legislador es que, además de la letra de cambio, el pagaré y el cheque, pueden existir otros documentos o títulos que, en la medida que sean extendidos a la orden, tendrán el carácter de mercantiles (por ejemplo la carta de porte o el conocimiento de embarque).

Este tipo de actos, llamados **actos formales de comercio**, siempre tienen el carácter de mercantil para ambas partes, lo que excluye la posibilidad de la existencia de actos mixtos o de doble carácter y la aplicación de la teoría de lo accesorio.

Son mercantiles absolutos, en la medida que para calificarlos de tales no se atiende a la intención de las partes contratantes; ni tampoco dejarán de ser actos de comercio por el hecho de complementar accesoriamente una actividad principal de carácter civil.

Lo mercantil proviene aquí de la forma, del empleo de títulos valores respecto de los cuales se ejecutan determinadas operaciones tales como la emisión, libramiento o giro, endoso, aceptación, aval, etc., cualesquiera que sea su causa u objeto y las personas que en ellas intervengan.

En primer lugar, y en cuanto a las letras de cambio, la ley declara mercantiles por su forma las operaciones sobre letras de cambio sin indicar expresamente cuales, por lo que cabe señalar que las principales operaciones aludidas son el

giro, emisión o libramiento, que es el acto por el cual el legislador crea la letra; la aceptación es; **el endoso** es el acto por el cual el beneficiario o portador, mediante su firma puesta al dorso del documento, transfiere el documento, lo entrega en cobro o en garantía; y **el aval** que, es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ésta, o a un documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o parte, el pago de ella.

Además de estas operaciones existen otras, como la prórroga, la reaceptación, el pago. El protesto, etc., que también deben considerarse formalmente comerciales.

En cuanto a los pagarés, del mismo modo que las letras de cambio, están actualmente regulados por la ley N. 18.092, de 1982².

El **pagaré** se diferencia de la letra de cambio porque en esta última existe una orden dirigida por una persona a otra de pagar una suma de dinero a una tercera, de modo que por su naturaleza intervienen tres personas en la emisión de la letra de cambio (no obstante que pueden intervenir sólo dos), en tanto que el pagaré es una confesión o reconocimiento de deuda que hace el suscriptor unilateralmente, quien puede señalar al beneficiario nominativamente, a la orden o al portador, siendo las principales operaciones sobre pagarés la suscripción, el endoso, la garantía de aval, el protesto y la prórroga. Otra diferencia con la letra de cambio, es que el pagaré acepta vencimientos sucesivos, lo que no es posible en la letra de cambio.

En cuanto al **cheque**³, se trata de un documento por el cual una persona que lo gira ordena al Banco pagar a quien lo presente a cobrarlo en calidad de legítimo beneficiario el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente.

Las principales operaciones sobre cheques son el giro, el endoso, la cancelación, el pago, la revalidación y el protesto.

El Código se refiere también a las operaciones sobre documentos a la orden, de la manera que la emisión, garantía y pago de otros documentos a la orden que no sean letras de cambio, pagarés ni cheques constituyen también actos formales de comercio. Ejemplo de estos documentos tenemos, certificados de depósito, bonos o debentures; cartas de créditos, carta de porte; conocimiento de embarque, etc.

Por último, quedan incluidas dentro de esta clase de actos formales de comercio las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio, caso en el cual la ley otorga naturaleza comercial a todas

² La Ley N.18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés será tratada en profundidad en el Capítulo referido a los "Títulos de Crédito".

³ El estudio de la Cuenta Corriente Bancaria y Cheques (DFL 707, de 1982, también se encuentra comprendido dentro del capítulo relativo a los "Títulos de crédito".

las remesas de dinero que se efectúen de una plaza otra, y no solo aquellas que se realizan mediante el empleo de una letra de cambio.

Respecto al **contrato de cambio**, debemos señalar que la letra de cambio nació como un documento accesorio al contrato de cambio y más tarde se convirtió en el medio de ejecución y de prueba del mismo. El contrato de cambio está definido en el artículo 620 del C. de C. “es una convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte o a su cesionario legal cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención”. Es un contrato consensual, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, y puede ser probado por cualquiera de los medios que admite el Código (art.621).

❖ **ARTICULO 3° N° 11° LAS OPERACIONES DE BANCO, LAS DE CAMBIO Y CORRETAJE.-**

a) Operaciones de bancos.

El Código no reglamenta los bancos; rige a este respecto la Ley General de Bancos contenida en el D.F.L. 3 de 1997. El artículo 40 les define como: “Banco es toda sociedad anónima especial que, autorizada en forma prescrita por la ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros, realizar toda otra operación que la ley le permita”.

A pesar de que el legislador usa el mismo lenguaje que al referirse a las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques, no puede seguirse el mismo criterio para calificar de mercantiles las operaciones de bancos. Las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques son mercantiles para toda persona porque en sí revisten la forma de una sola figura contractual perfecta. Pero en las operaciones de los bancos hay muchas y muy variadas figuras contractuales: depósitos, descuentos, mandatos, etc. Lo que la ley ha querido calificar de comercial es la empresa de banco. Un particular puede abrir una cuenta corriente y con esto no realizar un acto de comercio, si abre cuenta para sus gastos personales y no para auxiliar el giro de una empresa comercial. Pero en este caso, el banco sí que hace acto de comercio; las operaciones con el banco no son mercantiles, es la empresa banco.

Se estima que el legislador les dio carácter de acto de comercio a las operaciones de banco porque en ellas existe intermediación. El banco es un intermediario entre los dueños del capital que lo depositan en él y las personas que recurren al crédito para hacer sus operaciones comerciales.

Para el banco las operaciones indicadas son siempre comerciales, pero respecto de la persona que contrata con él debe determinarse el carácter civil o comercial de ellas, recurriendo al principio de lo accesorio.

El título VIII de la Ley se refiere a las operaciones que pueden realizar los Bancos. Así, el artículo 69 expresa: “Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: (sólo mencionaremos algunas)

- 1) Recibir depósitos y celebrar contratos de cuenta corriente bancaria;
- 2) Emitir bonos o debentures sin garantía especial;
- 3) Hacer préstamos con o sin garantía;
- 4) Descontar letras de cambio, pagarés y otros documentos que representen obligación de pago;
- 5) Emitir letras de crédito hipotecarias;
- 6) Efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos;
- 7) Emitir cartas de crédito.

b) Operaciones de cambios.- El concepto de cambio tiene dos acepciones: el contrato de cambio, definido en el art.620 y el cambio o trueque manual de moneda. En este último sentido se refiere el art.3° N°11. Estas operaciones son mercantiles respecto de la persona que tiene a disposición del público el cambio, los bancos o casas de cambio. Pero en relación a la persona que concurre a efectuar el cambio, se debe atender al principio de lo accesorio.

c) Operaciones de corretaje.- El art. 234 menciona la correduría como una forma de mandato comercial y se encuentra reglamentada en el Título III del Libro I del Código de Comercio. Según el artículo 48 “Los corredores son oficiales públicos instituidos por la ley para dispensar su mediación asalariada a los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos”.

Sin embargo, en la actualidad no existen corredores que sean oficiales públicos. En la práctica existen corredores privados, que no requieren este nombramiento y que por consiguiente no tienen el carácter de oficiales públicos.

Los corredores de comercio son, en todo caso, comerciantes, y ejecutan actos mercantiles en el más puro sentido, puestos que realizan actos de intermediación con ánimo de lucro, de modo que, por lo tanto, sus actos son siempre mercantiles para ellos.

Respecto de la persona que contrata con el corredor, debe tenerse presente, para calificar la operación de mercantil o civil, la teoría de lo accesorio. Así, por ejemplo, el agricultor que encarga a un corredor la venta de su cosecha de trigo ejecuta un acto civil, el corredor un acto de comercio.

❖ ARTICULO 3°N°12°LAS OPERACIONES DE BOLSA.-

El artículo 38 de la Ley 18.045, de 1981, sobre Mercado de valores, define a las bolsas de valores: “son entidades que tienen por objeto proveer a sus miembros la implementación necesaria para que puedan realizar eficazmente, en el lugar que les proporcione, las transacciones de valores mediante mecanismos continuos de subasta pública y para que puedan efectuar las demás actividades de intermediación de valores que procedan en conformidad a la ley”.

El Mercado de Valores está organizado jurídicamente y reglamentado por la Ley N° 18.045, de 1981, y las bolsas de valores se constituyen como sociedades anónimas abiertas y son fiscalizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros. En Chile existen tres bolsas de valores. La Bolsa de Comercio de Santiago; la Bolsa Electrónica de Chile y la Bolsa de Valores de Valparaíso.

Las principales operaciones de bolsa son la compraventa de acciones, valores y monedas que se realizan por su intermedio, en rueda de bolsa o a través de los modernos medios electrónicos de transacción bursátil.

Las operaciones de bolsa son, respecto a las bolsas de comercio y los corredores que en ellas intervienen, operaciones que son siempre mercantiles, en tanto que respecto de la persona que concurre a la bolsa a transar dichos valores, debe aplicarse el principio de lo accesorio, para determinar si el acto es mercantil o civil.

ARTICULO 3° N°s 13° AL 19° ACTOS RELATIVOS A LA NAVEGACION MARITIMA

Nuestro Código de Comercio mercantiliza todos los contratos y operaciones relacionadas con el tráfico marítimo, en atención al origen marítimo del Derecho mercantil, que le otorga a las disposiciones del Derecho marítimo especiales particularidades.

De manera que los actos que corresponden al comercio marítimo, enumerados en el Artículo 3° (N° 13 al 19° inclusive) se califican de mercantiles sin considerar para nada el principio de la accesoriedad ni la existencia de actos mixtos o de doble carácter.

El Libro III del Código de Comercio trata “De la navegación y el comercio marítimos”, que no es objeto de estudio de nuestro ramo, sino que es materia del ramo Derecho Marítimo.

❖ LAS EMPRESAS DE CONSTRUCCION DE BIENES INMUEBLES (ART. 3° N° 20, agregado por el DL 1953, de 1977).

Dice el N° 20: “Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza”.

En virtud de la norma recién transcrita se declaran mercantiles las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia. Por consiguiente, para que la actividad económica de la construcción de bienes inmuebles quede comprendida dentro de los actos que la ley considera mercantiles, es necesario que se ejerza bajo la organización de una empresa.

El legislador ha declarado mercantiles sólo las empresas cuyo objeto sea la construcción de inmuebles por adherencia, tales como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otras similares de igual naturaleza, por lo que necesariamente debe excluirse de la calificación comercial a otro tipo de empresa que ejecutan actos o celebran contratos relativos a bienes inmuebles, como las que se dedican a la administración, arriendo, loteos, urbanización de bienes raíces.

VII.- ACTOS DE COMERCIO NO ENUMERADOS EN EL ARTICULO 3°

Se plantea la duda respecto a si, fuera de los actos de comercio mencionados en el artículo 3°, puedan existir otros que el legislador omitió comprender en la enumeración.

La respuesta es afirmativa, y dicha omisión fue salvada por el legislador en otras disposiciones, explícita o implícitamente.

Los actos de comercio no mencionados en el artículo 3° son los siguientes:

- **Las sociedades**, omisión que se encuentra salvada por el artículo 2059 del Código Civil, el cual expresa que las sociedades comerciales son las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. En cuanto a las sociedades anónimas, el artículo 1° de la Ley 18.046 que las regula, estatuye que este tipo de sociedades son siempre mercantiles, aunque se formen para cumplir un objeto que no tenga dicho carácter.
- **El contrato de cuenta corriente mercantil**, que tiene el carácter de tal a pesar de no figurar en la enumeración del artículo 3° y de no constar en ningún otro cuerpo legal que no sea el propio Código de Comercio.
- **El mutuo**, el cual se encuentra regulado en el Código de Comercio en forma distinta al Código Civil, por lo que para determinar si un mutuo es mercantil o civil hay que recurrir a la teoría de lo accesorio, examinando la naturaleza y efectos de cada contrato en particular.
- **Contratos accesorios**. Nos referimos fundamentalmente a la prenda y a la fianza, que están reguladas tanto por el Código Civil como el Código de Comercio, y, una vez más, para determinar si estamos en presencia

de un acto civil o mercantil será necesario recurrir a la teoría de lo accesorio.

En cuanto a la hipoteca, que es también un contrato accesorio, no es nunca mercantil, aunque se constituya para garantizar obligaciones mercantiles, porque no está mencionada en ese carácter por el Código de Comercio y, principalmente, porque afecta a bienes inmuebles, los que en nuestra legislación mercantil está, por lo general, al margen de las disposiciones de este ramo.

Fuera de los actos de comercio más arriba indicados, específicamente calificados como mercantiles por el propio Código de Comercio o el Código Civil, no hay otros que tengan ese carácter, atendida la naturaleza especial que tiene el Derecho Mercantil.

VIII.- LA ENUMERACION QUE HACE EL ARTICULO 3° DEL CODIGO DE COMERCIO ¿ES TAXATIVA?

Se ha suscitado respecto de este artículo la cuestión de saber si la enumeración de los actos de comercio que hace, es de carácter taxativo o simplemente enunciativo.

Si admitimos que la enumeración es taxativa, significa que los actos allí enumerados son los únicos que la ley reconoce como comerciales no pudiendo concebirse otros.

En cambio, estimar que la enumeración de que se trata está hecha a modo de simple enunciación, significa admitir que hay otros actos comerciales de los que la ley no se preocupó y que por **analogía** o por otros conceptos pueden ser admitidos a la comercialidad, ya que la enunciación hecha se hizo con carácter meramente declarativo.

a) Doctrina que sostiene que la enumeración es declarativa.-

Una parte de la doctrina sostiene que la enumeración aludida es meramente declarativa, es decir, citada como vía de ejemplo, dan como argumento, las siguientes razones:

- a) Argumento de texto: Se dice que la expresión “son actos de comercio”, empleada por el legislador denota el carácter declarativo. Si la intención hubiera sido hacer taxativa la enumeración, habría dicho “los actos de comercio son...”. En verdad que este argumento es de poco peso y muy relativo.
- b) Existen actos de comercio omitidos por el artículo, que tienen que ser declarados mercantiles por la fuerza de las cosas, no obstante de no figurar en la enumeración. Esto hace desaparecer, según los sostenedores de esta doctrina, la posibilidad de que el artículo en cuestión sea taxativo. Este argumento carece de solidez, toda vez que el artículo 3° no enumera actos jurídicos, sino que las actividades

mercantiles. No existe tal omisión, pues los actos de comercio en tanto actos jurídicos son todos los que se desarrollan o celebran en el ejercicio de esas actividades calificadas.

b) Doctrina que sostiene que la enumeración es taxativa.-

Otros autores señalan que en teoría puede decirse con toda propiedad que el legislador ha debido hacer al respecto una enumeración taxativa, y dan como argumento las siguientes razones:

- a) El Derecho mercantil es un derecho especial, que debe tener sus materias expresamente sustraídas del derecho común. Por lo tanto, el artículo 3° debe ser interpretado restrictivamente, y no habrá más actos de comercio que los señalados en él.
- b) Si hubiere sido meramente enunciativo, uno se pregunta para qué tomarse la molestia de enunciar veinte hipótesis de actos de comercio.
- c) La lectura del Mensaje deja entrever que la enunciación es taxativa, pues dice que el Código “ha huido del peligro de las definiciones puramente teóricas y en vez de definir los actos de comercio, los ha descrito prácticamente, enumerándolos con el debido orden, precisión y claridad”.
- d) Si el legislador hubiera definido el acto de comercio como estrictamente debió haber sido, y si consideramos que el derecho comercial es excepcional frente al derecho civil, habríamos debido juzgar el acto de comercio conforme a los elementos esenciales contenidos en la definición y sólo podríamos haber dicho tal acto es de comercio, cuando esos elementos hubieran concurrido. Pero sabemos que el legislador se encontró con la imposibilidad de definir y se limitó a reemplazar la definición por una enumeración.
- e) Historia fidedigna del establecimiento de la ley. El proyecto, además del artículo 3° actual del Código de Comercio (7° del Proyecto), contenía otra disposición, el artículo 10°, que enumeraba los actos que no eran de comercio. La Comisión Revisora consideraba que el artículo 3° bastaba, y suprimió el artículo 10°. Por otra parte, el artículo 11° del Proyecto decía: “Los artículos 7° y 10° son declarativos y no limitativos y, en consecuencia, los tribunales de comercio resolverán los casos concurrentes por analogía de las disposiciones que ellos contienen”. Este artículo 11° del Proyecto también fue suprimido. Esto demuestra claramente que el artículo 3° contiene una enumeración taxativa.

Concluimos entonces, que el artículo 3° es taxativo: sabemos que cuando el legislador quiere comprender una materia, o la define o la enumera, y ya hemos visto que nuestro Código deliberadamente rechazó la definición, optando por la enumeración, que deber ser considerada como taxativa. Pero

como es muy difícil comprender todos los actos en una enumeración, hemos visto que se han escapado de ella (esto es por defecto de la ley), algunos de bastante importancia, pero cuya omisión está salvada en la forma que vimos

Siendo, pues, limitativa la enumeración del artículo 3º, su interpretación debe ser restrictiva, lo que no quiere decir interpretación estrictamente literal, o sea, que sólo serán actos de comercio los estrictamente mencionados y detallados allí. Significa solamente que no puede abarcar actos distintos a los enumerados: pero si un acto, aunque no esté expresa e individualmente comprendido en esta enumeración, lo está dentro de la amplitud de cada precepto, debe también considerarse comercial. Así, por ejemplo, el N° 5 y la parte final del N° 16 están redactadas en forma muy amplia.

Capítulo 5

ORGANIZACIÓN JURIDICA DE LA EMPRESA

I.- Introducción.-

La actividad económica, para ser eficiente y poder adaptarse a los imperativos de producción masiva y demanda en gran escala, necesita adoptar una organización determinada, que no es otra que la **empresa**.

La empresa económicamente organizada requiere, a su turno, una organización, revestimiento o estructura jurídica que le permita cumplir con la función que está llamada a desarrollar. Corresponde al Derecho mercantil proporcionar las diversas formas o ropajes jurídicos que la empresa puede adoptar para su funcionamiento, de acuerdo con su naturaleza y con su importancia económica. Cuando se trata de una persona que ejerce la actividad constitutiva de empresa, el derecho comercial se encarga de establecer un estatuto jurídico al cual está sujeto el empresario individual. Este estatuto jurídico contiene los derechos, deberes y obligaciones que le corresponden por su carácter de tal. Pero si se trata, por el contrario, de un grupo de personas que desarrollan la actividad mercantil bajo la forma de empresa, diversas posibilidades de estructura jurídica le son ofrecidas por esta disciplina. Podrán organizarse jurídicamente constituyendo una simple comunidad o sociedad de hecho, formar una sociedad de personas de responsabilidad limitada, una cooperativa o una sociedad de capitales.

Parece evidente entonces determinar, desde el punto de vista jurídico, la noción de empresa, sus elementos y características, para ocuparse más tarde de las diversas formas jurídicas que el derecho comercial ofrece para el funcionamiento de la empresa. Una parte del derecho mercantil, el derecho de sociedades, responde al imperativo de proporcionar los mecanismos jurídicos para encauzar la actividad mercantil constitutiva de empresa.

II.- Concepto jurídico de empresa.

Interesa precisar el significado jurídico del concepto de empresa, por cuanto durante mucho tiempo se sostuvo que en el derecho comercial podía emplearse la noción económica de este concepto. Muchos juristas han hablado, en derecho, de la empresa como organización de los factores de la producción (capital y trabajo), con propósitos lucrativos. Otros, aún influidos por la noción económica, ven en la empresa un organismo vivo y dinámico integrado por la actividad del empresario, el trabajo de los auxiliares de éste y de los bienes instrumentales necesarios para conseguir el fin perseguido. Pero la concepción organicista, que dominó durante el primer tercio del siglo XX, si bien sigue siendo válida en el plano económico, no satisface las exigencias del derecho y está siendo superada.

Ya hemos dicho que el Código de Comercio no se encarga de definir a la empresa y que en todo su articulado contiene tan sólo una norma que se refiere a un tipo de empresario, el de transporte, norma que se encuentra contenida en el inciso final del artículo 166.

Obviamente a partir de esa definición no es posible arribar a un concepto genérico de lo que debe entenderse por empresa, de modo que resulta indispensable recurrir a otras fuentes.

En el resto de la legislación, cosa que también ya hemos dicho, sólo encontramos un concepto de empresa, en el inciso final del artículo 3° del **Código del Trabajo**: “para los efectos de la legislación laboral y de seguridad

social se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de los fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Como se advierte, el concepto de empresa en el Código del Trabajo es indudablemente más amplio que el que usa el Derecho mercantil, porque aquél comprende también las actividades que no persiguen ninguna finalidad de lucro, tan característico de lo mercantil.

Decíamos en esa oportunidad que desde el punto de vista económico, la empresa es una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de generar ganancias. Pero la concepción, si bien sigue siendo válida en el plano económico, no satisface las exigencias del derecho.

La empresa es, en su esencia natural, una realidad económica y, en su explicación racional y lógica, un concepto económico. El cometido del derecho y labor de los juristas es dar forma, comprensión y regulación normativa a la realidad económica. Pero cuando esta tarea se ha centrado en la realidad económica de la empresa, los juristas (fundamentalmente mercantilistas) ante la dificultad de llegar a un concepto legal de ésta suficientemente comprensivo y cabalmente unitario e integrador de la heterogeneidad de sus elementos combinados y de la complejidad de su organización, sólo han considerado su aspecto o dimensión patrimonial, limitándose, por lo general, a proponer el encuadramiento de la empresa dentro de las categorías jurídicas patrimoniales reconocidas desde el pasado por el Derecho, a fin de ofrecer así un molde o figura jurídicamente comprensible en la que quede preservada la unidad económica básica de la empresa y sujeta ésta al régimen jurídico propio de la categoría que la encuadre.

Una de las categorías jurídicas con mayor capacidad de comprensión, unificación e integración de las realidades sociales y económicas es, sin duda, la persona jurídica. La personalidad –se dice- es el recurso técnico unificador por excelencia. No es extraño, pues, que se haya pretendido concebir jurídicamente la **empresa como persona jurídica**, dotada así de unidad jurídica subjetivizada con atributos propios de la personalidad (nombre, nacionalidad, domicilio, patrimonio) y con plena independencia respecto del empresario. Esta doctrina subjetivizadora, es seguida por los juristas alemanes.

Desde una distinta perspectiva no subjetiva sino patrimonialista, pero con el mismo propósito de someter la empresa a un esquema jurídico unitario y dotarla así de autonomía y primacía respecto del empresario, se ha pretendido también concebir la **empresa como un patrimonio autónomo** que, por su concreta destinación o finalidad, su sistema específico de administración, contabilidad y representación, y su propio nombre se diferencia del patrimonio civil o doméstico del empresario. Sobre la huella del peculio afecto a una actividad o fin empresarial, afectación que lo separa e incomunica del patrimonio no empresarial del empresario (doctrina es conocida como patrimonio de afectación).

III.- Caracteres de la empresa en sentido jurídico.

Los elementos característicos de la empresa en sentido jurídico son los siguientes:

- a) La actividad habrá de ser de orden económico, en el sentido más amplio pero también más riguroso del término “económico”, que permite distinguir la actividad empresarial de las puras actividades artísticas o intelectuales.
- b) Actividad organizada y planificada, dirigida a conseguir una unidad de acción de acuerdo con el proyecto racional. De ordinario, la actividad organizada se manifiesta hacia el exterior en la coordinación y utilización estables de medios materiales y trabajo ajeno, que dan nacimiento a un organismo económico y operante.
- c) Actividad profesional, en el sentido que debe ser continuada, sistemática, con tendencia a durar y con propósito de lucro permanente que constituya medio de vida, capaz de permitir la distinción de esta actividad empresarial con otras actividades económicas organizadas, que no se ejercitan profesionalmente.
- d) La finalidad de la actividad empresarial es la producción de bienes y servicios, o el cambio o intermediación de éstos en el mercado, y en ningún caso el autoconsumo. Es decir, el empresario usa la empresa para vender, intercambiar, etc., pero no para aprovechar personalmente dichos bienes o servicios. Sólo ejecuta una actividad empresarial quien produzca o cambie para satisfacer la demanda del mercado. Esta finalidad es precisamente la que explica y justifica que el derecho se ocupe de regular la actividad empresarial, velando por los intereses de la economía y por los intereses de los terceros ligados al funcionamiento de la empresa.

La empresa, en sentido jurídico, es entonces el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios. Este concepto es suficientemente amplio para comprender tanto a la gran empresa desarrollada con poderosos medios instrumentales, como la pequeña empresa poco menos que reducida a la actividad del empresario.

La noción jurídica de empresa supone un sujeto que organice y ejercite la actividad empresarial. Este sujeto es el empresario, a quien podemos conceptualizar diciendo que se trata de una persona física (empresario individual) o jurídica (empresario colectivo o social) que, por sí o por medio de delegados, ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo el carácter de titular de las obligaciones y de los derechos nacidos de esa actividad.

El empresario dirige y organiza los elementos que son las materias primas, máquinas, herramientas, instalaciones o infraestructuras físicas, el capital en dinero y los recursos humanos o personal de la empresa.

IV.- Clasificación de empresa.

Empresa comercial y empresa civil.- La empresa, desde el punto de vista jurídico, es una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios. Con tal propósito una empresa puede dedicarse al ejercicio de actividades tanto civiles como comerciales.

Para calificar a una empresa de comercial es necesario que la actividad que ella desarrolle sea una actividad de índole mercantil, es decir, que contenga los elementos de cambio, intermediación y lucro que caracterizan a esta última. Toda empresa cuyo objeto sea otro que la actividad mercantil, debe ser considerada como civil. La explotación de un predio agrícola es una actividad económica, pero no constituye una actividad comercial, porque no concurren en ella los elementos de cambio, intermediación y lucro. La empresa que se dedique a este objeto será, en consecuencia, una empresa de carácter civil. De acuerdo con el criterio objetivo que ha plasmado en la legislación chilena, las empresas son comerciales cuando tienen por objeto la realización de algunos de los actos que la ley considera mercantiles, o sea, los enumerados en el artículo 3° del Código de Comercio.

Por último, advertimos que, en el derecho chileno, la determinación del carácter mercantil o civil de una actividad escapa a la voluntad de los individuos; siendo la ley la que realiza dicha calificación, de nada vale que se deje establecido, por ejemplo, que la empresa tendrá el carácter de civil cuando para la realización del objeto para el cual se ha formado debe ejecutar actos que la ley considera mercantiles; la empresa tiene el carácter de comercial prescindiendo de la voluntad de sus titulares.

Empresas privadas, públicas y de economía mixta.- Desde el punto de vista de quien es el propietario de los medios de producción, las empresas se clasifican en empresas públicas, que son de propiedad del Estado; empresas privadas, que son de propiedad de personas naturales o jurídicas de derecho privado, y empresas de economía mixta, que son en parte pertenecientes al Estado o sus agentes y en parte privadas.

Capítulo 8

EL EMPRESARIO INDIVIDUAL DE COMERCIO DE LOS COMERCIANTES

I.- GENERALIDADES.-

Es **empresario individual de comercio** la persona física que, por sí o por medio de delegados, ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad

constitutiva de empresa, adquiriendo el carácter de titular de las obligaciones y de los derechos nacidos de esa actividad.

Cuando la actividad mercantil constitutiva de empresa se ejerce por una persona natural, por un empresario de comercio, la legislación comercial le impone una serie de obligaciones al mismo tiempo que le reconoce derechos, lo que en su conjunto constituye el estatuto jurídico del comerciante individual

El Libro I del Código de Comercio se refiere a los comerciantes, y, adoptando este sistema, el Código sigue un orden lógico. Según ya lo dejamos establecido, el Código rige los actos de comercio y los comerciantes. Ahora bien, después de haber tratado de los actos de comercio, pasa, desarrollando su plan, a ocuparse de los comerciantes. Además la noción de actos de comercio debe preceder a la de comerciante, ya que son éstos los que ejecutan actos de comercio.

II.- CONCEPTO Y REQUISITOS DE COMERCIANTE.-

El artículo 7° define a los comerciantes diciendo que: **“son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”**.

Por su parte, el artículo 8° clarifica el carácter profesional al señalar que **“no es comerciante el que ejecuta accidentalmente un acto de comercio, aunque queda sujeto a las leyes de comercio en cuanto a los efectos del acto”**. Pero es evidente que no se podrá aplicar a ese acto todas las reglas del Derecho Comercial, porque el Derecho Comercial tiene algunas disposiciones que sólo se aplican a los comerciantes. Se aplicará a ese acto, por ejemplo, la legislación comercial en cuanto a los medios de prueba, procedimiento que debe seguirse, etc., pero no se podrá aplicar las normas de la quiebra exclusivas para el comerciante.

El análisis de la definición dada por el artículo 7°, nos lleva a encontrar cuatro elementos que integran el concepto de comerciante. La reunión de estos elementos en una persona le da la calidad de comerciante:

- 1) Ejecución de actos de comercio;
- 2) Profesionalidad, o sea, hacer de los actos de comercio su profesión habitual;
- 3) Actuar en nombre propio. La definición legal no lo dice: el comerciante para serlo, ha de actuar a nombre propio; y
- 4) Capacidad para contratar

a) REALIZACION DE ACTOS DE COMERCIO.-

Dice el artículo 7° que son comerciantes los que hacen del comercio su profesión habitual. Y hace “comercio” el que ejecuta uno o más de los actos indicados en el artículo 3°

Los actos no señalados en el artículo 3º (salvo que se les pueda extender la comercialidad por analogía) no constituyen comercio cualquiera que sea el riesgo o el lucro que lleven consigo o cualquiera que sea la calificación que le atribuyan las partes.

De aquí resulta que la calidad de comerciante proviene de la ley y no de la voluntad de los individuos. Se dedican al comercio quienes ejecutan los actos mercantiles enumerados en el artículo 3º, que ya hemos estudiado. Por eso la jurisprudencia ha resuelto que la calidad de comerciantes que los individuos se atribuyen en una escritura pública de constitución de una sociedad no da a ésta carácter mercantil si está destinada a ejecutar actos civiles.

b) HACER DE LOS ACTOS DE COMERCIO SU PROFESIÓN HABITUAL.-

Lo que en realidad la ley exige es que la persona ejecute los actos no accidentalmente y desconectados unos de otros, sino de un modo organizado. Debe existir en la persona un ánimo de hacer de la realización de actos de comercio una actividad principal y permanente reflejada en actos reiterativos a través del tiempo. Debe haber una cierta dedicación al comercio.

Este requisito de la habitualidad es muy importante, aunque no está definido por la ley; se trata de una cuestión de hecho que debe decidir el juez que conoce el asunto, y que podrá acreditarse por cualquier medio probatorio; por ejemplo: avisos al público en general, propaganda de cualquier especie.

Ahora bien, la ley no sólo pide que esos actos se ejecuten habitualmente, sino que exige profesión habitual. A primera vista, parece que esta palabra profesión estuviere de más, ya que toda profesión implica repetición habitual de determinados actos; pero no es así; lo que en realidad exige la ley no es sólo hábito, sino hábito profesional, es decir, hábito inspirado en el propósito de ejercer la profesión. Existen muchas personas que ejecutan habitualmente actos de comercio, pero sin ánimo profesional; por ejemplo, un agricultor que continuamente está girando letras de cambio. Nosotros sabemos que esta operación es siempre mercantil, pero como el agricultor no ejecuta estos actos con ánimo profesional, no se le puede calificar de comerciante. Otro ejemplo: fallece un comerciante que tiene un establecimiento mercantil, y sus herederos, para liquidar sus negocios continúan por cierto tiempo en el giro mercantil del almacén. Aunque hay aquí, durante ese tiempo, hábito de ejecutar los actos mercantiles a que se refiere el negocio, falta la intención de hacer de ese hábito una profesión.

Por otra parte, no es indispensable la repetición de los actos comerciales, pues la ejecución de un solo acto puede dar a la persona el carácter de comerciante; por ejemplo, un individuo compra un establecimiento de comercio que más tarde cierra sin haber realizado ninguna venta. El ánimo profesional está a la vista; luego el individuo es comerciante.

Una sentencia de la **Corte Suprema** ha señalado que “se consideran comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual; de lo que se deduce que no basta la mera ejecución de

uno o más actos mercantiles, o sea, de aquellos que están comprendidos en la enumeración del artículo 3° del Código de Comercio, para constituir la calidad de comerciante; sino que es indispensable la concurrencia de diversos antecedentes o circunstancias de los cuales puede inferirse que una persona se dedica a operaciones de índole mercantil, y que las realiza profesional o habitualmente, expresiones que **suponen la consagración constante a negocios propios del comercio, y al ánimo de aplicar al giro de ellos una atención habitual**” (Revista de D° y Jurisp. T.XXV, 2° parte, secc.1°, pág. 194).

Tampoco se requiere que el ejercicio del comercio sea notorio u ostensible ni que constituya la única profesión de la persona. El comercio no es excluyente, no impide que el individuo ejecute otras actividades. Así, por ejemplo, un minero puede tener también un almacén para el expendio de mercaderías.

c) ACTUAR A NOMBRE PROPIO.-

La doctrina agrega además, como requisito, que esta actividad, se desarrolle a nombre propio. Para que una persona sea calificada legalmente de comerciante necesita ejecutar los actos de comercio a su propio nombre y por su propia cuenta. Hay numerosas personas que frecuentemente realizan actos de comercio, pero por nombre y cuenta ajena; por ejemplo, los factores o dependientes y los administradores de un establecimiento comercial, esas personas no son comerciantes.

d) CAPACIDAD PARA CONTRATAR.-

La capacidad puede ser de dos clases: de goce y de ejercicio. La primera es la aptitud legal para ser sujeto de derecho y pertenece a todo individuo de la especie humana por el hecho de ser tal. La segunda es la aptitud para celebrar actos y contratos sin tuición de otra persona. A la que la ley alude en el artículo 7° es a la capacidad de ejercicio.

El Código Español emplea la expresión “capacidad para comerciar” (“Son comerciantes, para los efectos de este Código, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”) expresión que es más atinada que la del nuestro, pues no todos los que tienen capacidad para contratar, tienen capacidad para comerciar.

Hemos visto que el artículo 7° exige como primer requisito esencial para ser comerciante “capacidad para contratar”

En esta materia de capacidad rigen los principios generales del Código Civil, modificados en ciertos puntos por el Código de Comercio, en los artículos 10, 11, 14, 16, 18 y 19.

La regla fundamental la establece el artículo 1446 del Código Civil, diciendo que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara

incapaces". Y, por su parte, el artículo 1447 de ese mismo Código, determina quienes son incapaces: Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Son relativamente incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar los suyos.

III.- NORMAS SOBRE CAPACIDAD CONYENIDAS EN EL CODIGO DE COMERCIO

Los incapaces no pueden ser comerciantes.

El comerciante se desenvuelve por medio de actos jurídicos, actos que deben ser válidos y el incapaz no puede realizar actos válidos sino con la intervención de su guardador.

El Código de Comercio no contiene ninguna disposición que permita dilucidar la situación de los incapaces en general, vale decir, de las personas que no pueden obligarse válidamente sin el concurso o la autorización de otra.

El artículo 49 de la Ley N° 18.175, sobre quiebras, permite llenar esta vacía del Código. Según la disposición aludida, los incapaces sólo pueden ser declarados en quiebra por obligaciones válidamente contraídas por intermedio de su representante legal o con autorización de la justicia. Resulta que el incapaz está impedido de obligarse por sí solo, debiendo actuar con el ministerio o la autorización de otra persona, en consecuencia, como no puede ejercer el comercio en nombre propio, no es comerciante en el contexto de nuestro derecho.

LOS MENORES QUE ADMINISTRAN SU PECULIO PROFESIONAL O INDUSTRIAL.-

Respecto de éste se aplica la norma contenida en el artículo 10 del Código de Comercio: "Cuando los hijos de familia y los menores que administran su peculio profesional en virtud de la autorización que les confiere el artículo 246 (251) y 439 del Código Civil, ejecutaren algún acto de comercio, quedarán obligados hasta concurrencia de su peculio y sometidos a leyes de comercio".

Esto significa que el menor adulto cuando tiene un peculio propio puede administrarlo libremente, por consiguiente puede dedicarse al comercio y tener el carácter de comerciante.

Además de la norma contenida en el artículo 10, que permite formular esta aseveración, el artículo 18 del mismo cuerpo legal dispone que "el menor comerciante puede comparecer en juicio por sí solo en todas las cuestiones relativas a su comercio". Aun más, el artículo 48 de la Ley de Quiebras expresa que la quiebra del menor adulto que administra su peculio profesional o industrial, comprende únicamente los bienes de este peculio.

LA MUJER CASADA.-

La mujer casada se rige por el artículo 11° del Código de Comercio que expresa: “La mujer casada comerciante se regirá por lo dispuesto en el artículo 150 del Código Civil”.

Hoy día, en virtud de la Ley N° 18.802, de 1989, la mujer casada es plenamente capaz, de manera que respecto de ella sólo hay que preocuparse del régimen patrimonial bajo el cual contrajo matrimonio.

El único caso que requiere comentario es el de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, que ejerce la actividad comercial separadamente de su marido, porque respecto del ejercicio de ese comercio se considerará separada totalmente de bienes.

El artículo 150 del Código Civil dispone: “La mujer casada de cualquiera edad podrá **dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria**”.

La mujer casada, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, **separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria** y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquier estipulación en contrario; pero si fuere menor de 18 años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces.

Incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, **el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo**. Para este efecto podrá servirse de todos los medios de prueba establecido por la ley.

Los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de los términos del presente artículo, siempre que, no tratándose de bienes comprendidos en los artículos 1754 y 1755 (*bienes propios de la mujer que administra el marido*), se haya acreditado por la mujer, mediante instrumentos públicos o privados, a los que se hará referencia en el instrumento que se otorgue al efecto, que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido.

Los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada, obligarán los bienes comprendidos en ella y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 (*bienes donados, dejados en herencia o legados con la condición precisa que los administre la mujer*) y 167 (*bienes que según las capitulaciones matrimoniales administra la mujer*), y no obligarán los del marido sino con arreglo al artículo 161 (*cuando el marido fuere fiador de las obligaciones contraídas por la mujer o a prorrata del beneficio que hubiera reportado de las obligaciones contraídas por la mujer*).

Los acreedores del marido no tendrán acción sobre los bienes que la mujer administre en virtud de este artículo, a menos que probaren que el

contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común.

Disuelta la sociedad conyugal, los bienes a que este artículo se refiere entrarán en la participación de los gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renunciaren a estos últimos, en cuyo caso el marido no responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada.

Si la mujer o sus herederos aceptaren los gananciales, el marido responderá a esas obligaciones hasta concurrencia del valor de la mitad de esos bienes que existan al disolverse la sociedad. Más, para gozar de este beneficio, deberá probar el exceso de la contribución que se le exige con arreglo al artículo 1777 (*la mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales*).

Resumiendo, en lo referente a las mujeres, con las modificaciones introducidas en el Código Civil a partir de la Ley N° 18.802, las casadas en régimen de sociedad conyugal de bienes han pasado a ser, al igual que las solteras mayores de 18 años de edad, las separadas de bienes y las divorciadas, plenamente capaces, de suerte que pueden celebrar toda clase de actos y contratos mercantiles.

Le corresponde a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal acreditar el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a lo que señala el artículo 150 y los actos que ella ejecute en esta administración separada obligarán sólo los bienes comprendidos en ella, sin que pueda obligar a los bienes que administre el marido ni tampoco ser afectados por los derechos que terceros reclamen por los bienes que administre el marido.

IV.- INTERES EN AVERIGUAR LA CALIDAD DE COMERCIANTE.-

¿Qué interés existe en hacer distinción entre comerciantes y no comerciantes? Es interesante determinar cuándo una persona tiene la calidad de comerciante, por cuanto ello implica una serie de consecuencias jurídicas, a saber:

- a) Desde el punto de vista de las obligaciones que son inherentes a la profesión, a saber: i) obligación de inscribir ciertos documentos en el Registro de Comercio; y ii) obligación de llevar libros de contabilidad. Estas obligaciones incumben sólo a los comerciantes y no a las personas que no lo son.
- b) En cuanto a la capacidad, el Código de Comercio contiene reglas especiales relativas a ciertas personas, como, por ejemplo menores y mujer casada, como ya lo hemos visto.
- c) La Ley de Quiebra es más severa con el comerciante que con el deudor civil.

- d) Desde el punto de vista de la prueba. En juicio entre comerciantes, se pueden hacer valer como prueba los Libros de Contabilidad que no existen en el derecho común.
- e) Existen una serie de obligaciones de carácter tributario, como por ejemplo: hacer iniciación de actividades; terminada la actividad mercantil, debe declararse el término del giro y pagar el impuesto correspondiente (art.69 Código Tributario).

V.- LIMITACIONES PARA COMERCIAR.-

Si bien es cierto que en nuestro régimen jurídico-económico existe el principio de libertad de comercio, existen ciertas restricciones fundadas en intereses de orden general, que reservan ciertas actividades al Estado o a las empresas públicas dependientes de él o a determinadas personas.

Por ejemplo:

- La actividad bancaria y financiera, que está reservada a Bancos y sociedades financieras, que son sociedades anónimas especiales que cumplen con los requisitos impuestos por la Ley General de Bancos;
- La actividad de seguros, reservadas a sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros;
- La actividad de martillero público, que requiere determinados requisitos y estar inscrito en el Registro del Ministerio de Economía;
- El comercio farmacéutico, que está reservado a químicos farmacéuticos o a sociedades que actúen incluyendo como socios o empleados a un químico;
- El corretaje de bolsa, actividad reservada a instituciones inscritas en la Superintendencia de Valores y Seguros;
- Corretaje de seguros, reservada a empresas naturales o jurídicas inscritas en el Registro que al efecto lleva la Superintendencia de Valores y Seguros;
- La actividad de Almacenes Generales de Depósitos Warrants, reservada a instituciones autorizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras;
- Las actividades de las AFP y las ISAPRES, que administran y cubren los fondos y los seguros provisionales y desalud en Chile.
- Actividad de securitización.

Hoy en día, bajo el influjo de la libertad de comercio y la desregulación, prohibiciones generales no hay, pero sí existen prohibiciones de comerciar puntuales que afectan a algunos comerciantes y solo respecto de determinados actos.

Es por ello que el artículo 19 es inductivo a error al disponer que “Los contratos celebrados por personas a quienes esté prohibido por las leyes el ejercicio del comercio, no producen acción contra el contratante capaz; pero confieren a

éste derecho para demandar a su elección la nulidad o cumplimiento de ellos, a menos que pruebe que ha procedido de mala fe”.

Este precepto legal induce a error, como se dijo, porque puede pensarse que existen personas a quienes les está prohibido ejercer la actividad comercial, lo que no es efectivo, toda vez que nuestro derecho consagra ampliamente la libertad de comercio, como se dijo. Lo que ocurre que esta norma contenida en el artículo 19 del Código de Comercio estaba en armonía con el artículo 30 del Proyecto, que establecía la prohibición de dedicarse al comercio respecto de ciertas personas (corporaciones eclesiásticas; magistrados civiles, militares, abogados, etc.), norma esta última que fue suprimida al aprobarse el Código de Comercio.

En consecuencia, lo que realmente existe en la actualidad son determinadas prohibiciones que afectan a ciertos comerciantes que no pueden celebrar algunos contratos.

a) El artículo 331 prohíbe a los factores o dependientes de comercio traficar por cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género de las que haga por cuenta de sus mandantes, a menos que fueren expresamente autorizadas.

b) El artículo 404 contiene distintas prohibiciones para los socios de una sociedad colectiva explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad.

c) Los corredores de comercio no pueden ejecutar operaciones comerciales por su cuenta o tomar interés en ellas, bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente (art.57). Los corredores de comercio son agentes auxiliares del empresario mercantil, cuya misión es la de dispensar su mediación asalariada y facilitarles la conclusión de sus contratos.

Capítulo 9

LAS OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES.-

Generalidades.- En el título II del Libro I del Código de Comercio, artículos 22 al 47, se regulan las obligaciones profesionales de los comerciantes. Estas obligaciones consisten en: a) inscribir ciertos documentos en el Registro de Comercio; y b) llevar ciertos libros de contabilidad.

Estas obligaciones no están establecidas en interés particular de los comerciantes, sino que se han exigido por consideraciones de orden público, para precaver a los terceros que contratan con ellos.

I.- OBLIGACION DE INSCRIBIR CIERTOS DOCUMENTOS.-

De conformidad con lo prevenido en el artículo 20, en la cabecera de cada departamento se llevará un registro en que se anotarán todos los documentos que, según el Código de Comercio, están sujetos a inscripción.

Las reglas y formalidades relativas a la organización del Registro de Comercio, a los deberes y funciones del encargado de él y la forma y solemnidades de las inscripciones, están determinadas en el Reglamento dictado el 1º de agosto de 1866. El encargado de llevar dicho Registro es nombrado por el Presidente de la República y tiene el título de “Conservador de Comercio” y que generalmente es el mismo Conservador de Bienes Raíces.

La inscripción en el Registro de Comercio, tiene por objeto asegurar la publicidad de ciertos documentos, respecto de terceros que tratan con los comerciantes. Además, para ciertos actos esta publicación más que información es solemnidad, como ocurre con la inscripción de los extractos de las escrituras de constitución de algunas sociedades.

DOCUMENTOS QUE DEBEN INSCRIBIRSE.

El artículo 22 señala los documentos que deben inscribirse. Pero esta numeración no es completa, pues no contempla todos los casos de inscripción que otras disposiciones del Código y de sus leyes complementarias exigen. El artículo 7º del Reglamento sistematizó disposiciones dispersas del Código señalando una lista más completa que la del artículo 22, de los documentos que deben inscribirse.

Este artículo 22 dice que de los documentos se debe tomar razón en extracto y por orden de números y fechas. De la lectura de lista se desprende que los documentos sujetos a inscripción deben ser auténticos, esto es, públicos u oficializados.

ARTICULO 22 N°1 CODIGO DE COMERCIO Y 7°N°1 REGLAMENTO.

Las capitulaciones matrimoniales (art.1715 C.C.), el pacto de separación de bienes a que se refiere el artículo 1723 del Código Civil, inventarios solemnes, testamentos, actos de partición , sentencias de adjudicación, escrituras públicas de donación, venta, permuta u otra de igual autenticidad que imponga al marido alguna responsabilidad a favor de la mujer.

Según esto, el marido tiene que inscribir todos los documentos que resulten en su contra y a favor de la mujer una responsabilidad de orden económico. La razón de esta obligación de inscribir tales documentos está en que de acuerdo con el artículo 2481 del Código Civil, la responsabilidad del marido da lugar a un crédito preferente de cuarta clase a favor de la mujer sobre los bienes de aquél y de la sociedad conyugal. Si el marido es comerciante quiere la ley que se informe a terceros de este privilegio de la mujer sobre el patrimonio del marido.

No está demás decir que la inscripción sólo se exige cuando es el marido comerciante, pero no cuando esta calidad la tiene la mujer.

Para que el crédito se pueda exigir, el Código Civil solo pide en el artículo 2483, que conste en un instrumento público; pero no exige que se inscriba en un registro público. En consecuencia, la falta de inscripción de los documentos a que nos estamos refiriendo, por parte del marido no perjudica el privilegio de la mujer, pues la ley civil no ha condicionado su existencia a ninguna inscripción.

La inscripción de estos documentos cuando el marido es comerciante, no es condición de existencia del privilegio, sino de una obligación que el mismo privilegio impone.

Sanción que acarrea la omisión de esta inscripción, no es otra que la que resulta de la Ley de Quiebras que en su artículo 219 N°11 (1466), **se presume culpable la quiebra** si se ha omitido la inscripción de los documentos que ordena la ley, ya que con ello se ocultó a terceros la limitación existente a causa del privilegio y se obtuvo por consiguiente, mayor crédito. Esta presunción es de orden legal, de modo que admite prueba en contrario. Puede pues el comerciante llegar a probar que no ha habido relación entre la quiebra y el daño causado a terceros por la no inscripción.

ARTICULO 22 N°2 CODIGO DE COMERCIO Y 7°N°2 REGLAMENTO.

Las sentencias de divorcio o separación de bienes y las liquidaciones practicadas para determinar las especies o cantidades que el marido deba entregar a su mujer divorciada o separada de bienes.

Aquí estamos también en presencia de una obligación impuesta al marido comerciante. El fundamento es el mismo que el señalado en el caso anterior, ya que los documentos señalados en el N° 2 vienen a indicar la cantidad de bienes que el marido debe restituir a su mujer divorciada o separada de bienes que goza de un privilegio de cuarta clase en conformidad al artículo 2481 del Código Civil.

Sanción que acarrea la omisión de esta inscripción, es que **se presume culpable la quiebra** si se ha omitido la inscripción de los documentos que señala la ley (artículo 219 (1466) LQ.

ARTICULO 22 N°3 CODIGO DE COMERCIO Y N°3 REGLAMENTO.

Los documentos justificativos de los haberes del hijo o pupilo que está bajo potestad del padre, madre o guardador.

Se trata del caso de personas que administran bienes que están obligadas a restituir más tarde cuando el hijo de familia o el pupilo sean capaces. Se trata aquí de una situación similar a la contemplada en el N°1 pero referida ahora a

los créditos privilegiados de cuarta clase que, según los artículos 2481 y 2483 del Código Civil, tienen el hijo contra su padre o madre, el pupilo contra su guardador.

El artículo 219 N° 11 de la Ley de Quiebra, **presume culpable la quiebra** si se hubiere omitido la inscripción que ordena la ley.

ARTICULO 22 N° 4 CODIGO DE COMERCIO Y N° 4 REGLAMENTO.

Las escrituras de sociedad, sea ésta colectiva, en comandita o anónima, y de las en que los socios nombren gerente de la sociedad en liquidación.

Esta obligación también es aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada y a las empresas individuales de responsabilidad limitada. De igual forma deben hacerse las inscripciones correspondientes a toda modificación o reforma del estatuto social. Además de ser una formalidad de publicidad, esta inscripción constituye una solemnidad inherente a los contratos y actos indicados. La razón está en que por la sociedad va a surgir una persona jurídica, un nuevo sujeto de derecho y la ley ha creído necesario que nazca rodeada de forma.

La sanción que acarrea la falta de inscripción es la nulidad absoluta de la sociedad, saneable según el procedimiento establecido en la Ley N° 19.499, que estudiaremos en el capítulo referente a las sociedades. Además se presume culpable la quiebra de conformidad a lo señalado en el artículo 219 N° 11 de LQ.

ARTICULO 22 N° 5 CODIGO DE COMERCIO Y N° 5 REGLAMENTO.

Los poderes que los comerciantes otorguen a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios.

La importancia de esta inscripción radica en el hecho de que ella permite saber quién es el mandatario del comerciante y los poderes de que está investido. Aunque la ley no lo dice, las escrituras en que se revoque el nombramiento de estos mandatarios deben también inscribirse, pues esta inscripción cumple la misma finalidad de publicidad. Ello, sin perjuicio de la constancia marginal en la escritura pública que se revoca.

Este N° 5 del artículo 22, no se refiere a todos los poderes que otorgue el comerciante, sino solo a los poderes que se otorguen a los factores y dependientes.

La omisión de esta obligación acarrea la **sanción** señalada en el artículo 24, que es la nulidad del poder entre mandante y mandatario, pero no respecto de terceros.

Según el **artículo 24**: “Las escrituras sociales y los poderes de que no se hubiere tomado razón, no producirán efecto alguno entre los socios, ni entre el mandante y el mandatario; pero los actos ejecutados o contratos celebrados por los socios o mandatarios surtirán pleno efecto respecto de terceros”.

PLAZO EN QUE DEBEN HACERSE LAS INSCRIPCIONES.

Lo señala el **artículo 23**: “La toma de razón de los documentos especificados en el artículo anterior deberá todo comerciante hacerla efectuar dentro de los **15 días**, contados, según el caso, desde el día del otorgamiento del documento sujeto a inscripción, o desde la fecha en que el marido, padre, madre o guardador principie a ejercer el comercio”.

Son dos las situaciones que hay que distinguir:

- a) El documento se otorgó antes que el afectado entrara a ejercer el comercio;
- b) El documento se otorgó con posterioridad.

En el primer caso, el plazo de 15 días se cuenta desde que el obligado empiece a ejercer el comercio, determinación que no siempre es sencillo de determinar. Sin embargo, nosotros creemos que dicho plazo se cuenta desde la fecha que el comerciante hizo la iniciación de actividades como tal ante el Servicio de Impuestos Internos.

En el segundo caso es más sencillo, y el plazo de 15 días se cuenta desde la fecha de otorgamiento del documento pertinente.

Como observación final en esta materia, podemos decir que el plazo de 15 días es demasiado breve, sobre todo, considerando que la infracción a la obligación de inscripción hace presumir culpable la quiebra (art. 219 N°11 LQ).

En el caso de la constitución de sociedades o de modificaciones de éstas, el plazo es de **60 días** contado desde la fecha de otorgamiento de la escritura pública de constitución o modificación, en su caso

II.- OBLIGACION DE LLEVAR LIBROS DE CONTABILIDAD.-

1) LIBROS OBLIGATORIOS QUE DEBE LLEVAR EL COMERCIANTE.-

La costumbre de llevar contabilidad es muy antigua, los romanos la practicaban y el padre de familia llevaba ciertos registros, cuyas anotaciones podían crear ciertas relaciones jurídicas.

Esta costumbre la practica la gente ordenada en la vida corriente, y el Código Civil se preocupó de esta materia, en el artículo 1704, nos habla del valor

probatorio, diciendo que: “Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable”.

Este hábito ha sido convertido en una obligación para los comerciantes; es una exigencia que contemplan todas las legislaciones, aún más, ellas contemplan que el hecho de no llevar contabilidad se transforma en culpa o fraude de quiebra.

El Código de Comercio en su artículo 25 prescribe a todo comerciante llevar libros para su contabilidad y correspondencia. El objeto de esta exigencia ha tenido en vista, por una parte, el interés del propio comerciante que de este modo puede en cualquier momento advertir el curso que siguen sus negocios; y, por la otra, el interés social, ya que la contabilidad, como se dijo, va a expresar el estado económico del negocio del comerciante, que en virtud del crédito con que trabaja, vincula su establecimiento al de los otros comerciantes.

Según el artículo 25, los libros que el comerciante está obligado llevar para su contabilidad y correspondencia, son:

- 1° El libro diario;
- 2° El libro mayor o de cuentas corrientes;
- 3° El libro de balances;
- 4° El libro copiator de cartas.

- **Función del Libro diario.**

Constituye la base de la contabilidad; los demás son sistematizaciones, complemento o desarrollo del Libro Diario.

Al respecto el artículo 27 dispone: “En el libro **diario** se asentarán por orden cronológico y día por día las operaciones mercantiles que ejecute el comerciante, expresando detalladamente el carácter y circunstancias de cada una de ellas”.

Como bien lo dice la disposición transcrita, este libro expresa el movimiento que cada día se produce en el negocio; las operaciones se van asentando por orden cronológico a medida que se produzcan sin ningún orden ni sistematización.

El detalle del carácter y circunstancia de cada operación mercantil puede omitirse cuando el comerciante lleva libros auxiliares que los contengan. Así, por ejemplo, si existe un libro de caja o un libro de facturas, bastará con hacer un asiento general en el Libro Diario, agrupando los datos de los registros especiales. Así lo dice el artículo 28: “Llevándose libro de caja y de facturas, podrá omitirse en el diario el asiento detallado, tanto de las cantidades que

entraren, como de las compras, ventas, remesas de mercaderías que el comerciante hiciere”.

Eso sí, hay que tener presente, que el legislador sólo exige el Libro Diario; en cambio, los registros auxiliares son optativos para el comerciante.

Demás está decir que en el Libro Diario se anotan solo las operaciones mercantiles, es decir, aquellas que se refieren al giro del establecimiento, y no de la vida privada del comerciante.

- **Función del Libro mayor o de cuentas corrientes.**

El Código no señala qué materias se anotan en este libro; pero la práctica de la contabilidad indica que en él se abren diferentes cuentas: a las diferentes personas con las cuales el comerciante mantiene negocios (cuentas personales), a los diferentes objetos particulares que forman parte de sus negocios (cuentas reales) y las llamadas cuentas de orden que son el registro de valores recibidos.

- **Función del Libro de balances.**

Al abrir su giro, el comerciante hará en este libro la enunciación estimativa de todos los bienes (avalúo) tanto muebles como inmuebles, y de todos sus créditos activos y pasivos. En este mismo libro debe hacerse al final de cada año un balance general de todos sus negocios lo que le permite apreciar el resultado periódico de su giro (art.29).

- **El libro copiador de carta.**

Este libro no existe; en la actualidad se le reemplaza por el “archivo” de copias de cartas. Este archivo no tiene valor en juicio a favor del comerciante.

Fuera de estos libros, el comerciante lleva otros libros auxiliares, v.gr. libro de caja, el de bancos; libro de remuneraciones, etc. Estos libros no sirven de prueba en juicio independiente de los libros obligatorios (art.40), salvo que el dueño lo hubiera perdido sin culpa.

2) FORMA EN QUE DEBE LLEVARSE LA CONTABILIDAD.-

Para interesar al comerciante en el cumplimiento de esta obligación la ley establece que en determinadas circunstancias los libros de comercio pueden constituir una prueba a favor del comerciante que los lleva, haciendo una excepción a los principios generales del derecho común de que nadie puede fabricarse una prueba en su favor.

Las reglas respecto a la forma de llevar la contabilidad, y a los libros en que ella debe llevarse, no pueden ser modificadas por el acuerdo de las partes; son normas de orden público.

En principio los libros deben llevarse foliados y encuadernados, pero el Director del Servicio de Impuestos Internos “podrá autorizar la sustitución de los libros de contabilidad por hojas sueltas, escritas a mano u en otra forma, consultando las garantías necesarias para el resguardo de los intereses fiscales” (art. 17 Código Tributario). En todo caso, las hojas sueltas deben foliarse y timbrarse por SII.

El artículo 26 dispone que: **“Los libros deberán ser llevados en lengua castellana”**.

Y el artículo 31, establece una serie de prohibiciones que imponen a los comerciantes en cuanto a alterar el orden de fecha de los asientos con el objeto de acomodar el libro a nuevas anotaciones que se hagan en los lugares dejados en blanco.

Dice el artículo 31: “Se prohíbe a los comerciantes:

- 1° Alterar en los asientos el orden y fecha de las operaciones descritas;
- 2° dejar blancos en el cuerpo de los asientos o a continuación de ellos;
- 3° Hacer interlineaciones, raspaduras o enmiendas en los mismos asientos;
- 4° Borrar los asientos o parte de ellos
- 5° Arrancar hojas, alterar la encuadernación y foliatura y mutilar alguna parte de los libros”

Por su parte, el artículo 32 establece que: “Los errores y omisiones que se cometieren al formar el asiento, se salvarán en otro nuevo en la fecha en que se notare la falta”.

La infracción a estos preceptos, la sanciona el artículo 34 que expresa: “Los libros que adolezcan de los vicios enunciados en el artículo 31 no tendrán valor en juicio a favor del comerciante a quien pertenezcan, y las diferencias que le ocurran con otro comerciante por hechos mercantiles, serán decididas por los libros de éste, si estuvieren arreglados a las disposiciones de este Código y no se rindiere prueba en contrario”.

Finalmente, digamos que las leyes tributarias establecen que estos libros deben ser timbrados por el Servicio de Impuestos Internos.

3) EL SECRETO DE LA CONTABILIDAD Y EXAMEN EL DE LOS LIBROS.-

Nuestro Código de Comercio, celoso defensor de los principios individualista del siglo pasado, estableció como un resguardo a la libre competencia el secreto de la contabilidad. Las razones que movieron al legislador a establecer esta garantía son fundamentalmente dos:

- a) Para dejar a todos los comerciantes en igualdad de condiciones, para impedir en esa forma que otras personas (comerciantes también) se aprovecharan de lo que consta en los libros de contabilidad ajenos, y
- b) Porque siendo la contabilidad el reflejo del estado de los negocios de un comerciante, podría ser muy perjudicial para él el hecho de que ésta fuese conocida en un determinado momento; podría dejar de manifiesto una situación precaria, lo que afectaría indudablemente su crédito.

Pero esta concepción original del Código se ha ido limitando un poco. Excepcionalmente, algunas autoridades administrativas pueden hacer investigaciones en ellos, como ocurre con el Servicio de Impuestos Internos; las Superintendencias de Bancos, de Seguros, de ISAPRES, de AFP.

La jurisprudencia ha señalado que los libros que deben llevar los comerciantes por exigencia de los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio tienen el carácter de reservado, salvo los casos de reconocimientos generales o parciales (artículos 41, 42, 43 y 47), los cuales sólo pueden llevarse a cabo por orden judicial y las correspondientes formalidades.

Para que se cumpla con la función probatoria de los libros de contabilidad es necesario que el juez pueda examinar los libros, y que la parte que solicitó el examen pueda asistir a su exhibición. Por otra parte existe un peligro para el comerciante en que ojos extraños vean sus libros y sorprendan sus secretos profesionales. La ley concilia estos dos intereses contrapuestos; el que los libros sean examinados para que prueben y el que éstos se mantengan secretos, prohibiendo en general las pesquisas de oficio para ver si un comerciante lleva libros y las exhibiciones generales de contabilidad. Se indican taxativamente los casos en que la exhibición general puede ser practicada, lo cual constituye una excepción al principio del secreto de los libros de contabilidad.

Casos de manifestación o reconocimiento general.-

Artículo 41: “Se prohíbe hacer pesquisas de oficio para inquirir si los comerciantes tienen o no libros, o si están o no arreglados a las prescripciones de este Código”.

Artículo 42: “Los tribunales no pueden ordenar de oficio, ni a instancia de parte, la manifestación y reconocimiento general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de las sociedades legales o convencionales y quiebras”.

De acuerdo con dicha disposición, sólo existen cuatro casos en que los tribunales de justicia pueden decretar la exhibición total de la contabilidad.

a) Sucesión universal. En este caso sólo pueden pedir la manifestación o reconocimiento general los herederos de un causante comerciante. Se justifica la excepción por ser conveniente para los efectos de la partición de la herencia el reconocimiento general de los libros.

b) Comunidad de bienes. Sólo se ordenará la manifestación general a favor de codueños.

c) Liquidación de las sociedades legales o convencionales. La manifestación se hará en favor de los cónyuges o sus herederos o de los otros consocios. La mujer en el juicio de liquidación de la sociedad conyugal.

Los socios pueden pedir la exhibición general en el juicio de disolución. En realidad tienen este derecho en cualquier momento como consecuencia de las facultades de control que tienen los negocios de que son socios. Artículo 403 del Código dice: “Los administradores están obligados a llevar los libros que debe tener todo comerciante conforme a las prescripciones de este Código, y a exhibirlos a cualquiera de los socios que lo requiera”.

d) Quiebra. Tanto el síndico de quiebras (que representa al quebrado) como el juez pueden practicar el reconocimiento general de los libros de contabilidad del fallido.

Finalmente, digamos que la exhibición general sólo procede en los casos que hemos señalados y a favor de las personas que se indicaron.

Casos de exhibición parcial.-

Estos se producen siempre en un juicio por disposición del tribunal a solicitud de parte o de oficio. Se limita a los asientos que tengan una relación necesaria con la cuestión debatida y a la inspección precisa de la regularidad con que han sido llevados los libros.

Al respecto, el artículo 43 establece: “La exhibición parcial de los libros de alguno de los litigantes podrá ser ordenada a solicitud de parte o de oficio.

“Verificada la exhibición, el reconocimiento y compulsas serán ejecutados en el lugar donde los libros se llevan y a presencia del dueño o de la persona que él comisione, y se limitarán a los asientos que tengan una relación necesaria con la cuestión que se agitare, y a la inspección precisa para establecer que los libros han sido llevados con la regularidad requerida.

“Sólo los jueces de comercio son competentes para verificar el reconocimiento de los libros”.

4) CONSERVACION DE LOS LIBROS DE CONTABILIDAD.-

La ley obliga a los comerciantes a conservar su contabilidad hasta que termine del todo la liquidación de sus negocios. Así lo establece el artículo 44: “Los comerciantes deberán conservar los libros de su giro hasta que termine de todo punto la liquidación de sus negocios. La misma obligación pesa sobre sus herederos”.

III.- VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS DE CONTABILIDAD.-

Los Libros de Contabilidad son instrumentos privados. Consecuentemente, el valor probatorio de ellos se rige por el artículo 1704 del Código Civil. Esta es la regla general. Sin embargo, los libros de contabilidad. En ciertas condiciones, en atención a la función mercantil que desarrollan, constituyen una excepción a las reglas del Código Civil: hacen prueba a favor de la persona que los presenta.

El principio general contenido en el artículo 1704 del Código Civil es que los instrumentos privados, los libros de contabilidad, hacen prueba en contra de la persona que los lleva. Esto porque en derecho nadie puede crearse una prueba a su favor. No obstante, los libros de contabilidad hacen prueba a favor de quien los lleva siempre que se reúnan ciertas condiciones.

A) PRUEBA DE LOS LIBROS DE CONTABILIDAD A FAVOR DEL COMERCIANTE.

Requisitos que deben cumplir los libros de comercio para tener valor probatorio. Las exigencias están contenidas en el artículo 35 del Código de Comercio y son las siguientes:

- 1° Que se trate de un pleito entre dos comerciantes ;
- 2° Que se trate de una causa mercantil para ambas partes;
- 3° Que los libros hayan sido llevados con arreglo a las formalidades que establece la ley; y;
- 4° Que los libros hubieren sido timbrados por el SI I. Este último requisito lo establece la Ley de Timbres y Estampillas

a) Que se trate de un juicio entre comerciantes.- La razón de esta exigencia es evidente. Si a un comerciante se le permite invocar sus libros en su defensa, constituyendo esto un excelente medio probatorio, es preciso que su contender pueda disponer de otro medio probatorio análogo, y esto sólo puede ocurrir cuando ambos sean comerciantes. De esta manera quedan en iguales condiciones. No podría, pues, invocar sus libros un comerciante en juicio con un no comerciante, aunque se tratara de obligaciones mercantiles aisladas.

b) Que se trate de una causa mercantil para ambas partes. En segundo lugar es preciso que la causa sea mercantil para ambas partes, ya que solo deben figurar en los libros de comercio las operaciones mercantiles, Así, si litigan dos comerciantes y la obligación es mercantil sólo para uno de ellos, solamente ese ha debido anotarla en sus libros de contabilidad, y el otro carecería, entonces, de un medio probatorio análogo para contrarrestarla.

c) Que los libros hayan sido llevados con arreglo a las formalidades que establece la ley. Respecto al tercer requisito, las formalidades están establecidas en el artículo 31.

RESULTADOS DE LA PRUEBA.- Concurriendo copulativamente todos estos requisitos, pueden presentarse las siguientes posibilidades:

- a) Si los libros de ambas partes están de acuerdo, hacen plena prueba, ya que ellos hacen fe en contra y a favor de cada comerciante (art.35).
- b) **En caso de desacuerdo.** Como se trata de los medios probatorios igualmente fehacientes y contradictores, se anulan. Ejemplo: mi libro dice que la mercadería se debe; el de mi contendor, que ha sido pagada. Todo esto es para el caso que los libros reúnan los requisitos indicados. Hay, pues, entonces, que atenerse a las demás pruebas rendidas por las partes. Así lo establece el artículo 36 que dice: “Si los libros de ambas partes estuvieren en desacuerdo, los tribunales decidirán las cuestiones que ocurran según el mérito que suministren las demás pruebas que se hayan rendido”.
- c) Si los libros de una de las partes contravienen alguna de las disposiciones del artículo 31, según lo preceptúa el artículo 34, carecen de valor probatorio a favor del comerciante que los lleva. El infractor queda entregado a lo que digan los del contrario, sin han sido llevados en conformidad a la ley. Esta disposición es justa, ya que sólo da valor probatorio a los libros que se han ajustado a los preceptos legales.

Pero la ley, no obstante, no entrega al infractor completamente a lo que digan los libros del contendor, partiendo de la base de que no siempre la omisión de alguna de las formalidades del artículo 31 es señal de mala fe; ella puede provenir de descuidos, negligencia, etc. Es por ello que se permite que el infractor produzca prueba a su favor por cualquier otro medio legal, para destruir lo que arrojan en su contra los libros de su contrincante. De otro modo habría sido juzgado sólo en virtud de esos libros, que no porque hayan sido llevados de acuerdo con las formalidades que exige la ley, están exentos de poder ser falsos.

- d) Si el comerciante que ha recibido orden de exhibir sus libros los oculta o destruye sus libros o simplemente no los tiene, rige el artículo 33. En conformidad a este precepto el comerciante que así procede queda entregado por completo a lo que digan los libros del otro comerciante que estuvieren arreglados conforme a la ley, sin admitírsele prueba alguna. Y esto es muy justo, porque el comerciante que eso hace, da prueba evidente de su mala fe.

En caso de pérdida o destrucción fortuita de los libros, es claro que no tendría lugar esta sanción; pero entonces el comerciante deberá acreditar el caso fortuito, porque el tiene la obligación, según la ley, de tener en cualquier momento sus libros al día, en conformidad a lo que ella prescribe.

B) PRUEBA DE LOS LIBROS DE CONTABILIDAD EN CONTRA DEL COMERCIANTE.-

La situación es muy sencilla y clara. De acuerdo con el artículo 38 “Los libros hacen fe contra el comerciante que los lleva, y no se admitirá prueba que tienda a destruir lo que resulte de sus asientos”.

La regla anterior guarda perfecta armonía con los principios generales en materia de prueba de las obligaciones y especialmente con lo dispuesto en el artículo 1704 del Código Civil, que dispone que los asientos, registros y papeles domésticos, únicamente hacen fe en contra de los que los han escrito o firmado con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que les fuera desfavorable.

Esta última circunstancia está también prevista por el legislador mercantil y al efecto el artículo 39 preceptúa que “la fe de los libros es indivisible, y el litigante que aceptare en lo favorable los asientos de los libros de su contendor, estará obligado a pasar por todas las enunciaciones adversas que ellos contengan”.

VALOR DE LOS LIBROS AUXILIARES.-

Dice el artículo 40 que los libros auxiliares no hacen prueba en juicio independientemente de los que exige el artículo 25; pero si el dueño de éstos los hubiere perdido sin su culpa, harán prueba aquellos libros con tal que hayan sido llevados en regla”. Es lógico que no estando los comerciantes obligados a llevar libros auxiliares, y siendo éstos sólo un complemento de los esenciales, no tengan valor probatorio independientemente de ellos.

Los libros de contabilidad como presunción.

Si los libros de contabilidad, por cualquier motivo, no hacen prueba, sirven, junto con otros medios probatorios, de base a una presunción judicial. De aquí que es aconsejable presentar los libros aunque no hagan prueba.

Críticas al sistema de nuestro Código.

Nuestro Código tiene a su favor el hecho de haber reconocido los libros de contabilidad como una obligación para los comerciantes. Más aún, tiene valor o mérito de haberles atribuido valor probatorio.

Pero, indudablemente el Código está absolutamente atrasado en relación a ello, al punto de que la práctica y la norma tributaria se han apartado a gran distancia de sus normas. Es así como, por ejemplo, no contempla sanciones para quienes los lleven irregularmente o que simplemente no los lleven, vacíos que ha venido a llenar la legislación tributaria de un modo incompleto, porque sus normas valen solamente para los efectos propios del ramo respectivo y no con el carácter general que deben regir estas normas propias del derecho mercantil.

Capítulo 10

LOS AUXILIARES DE LOS COMERCIANTES

Clasificación.- En la medida que la actividad comercial se hace cada vez más compleja y requiere de una mayor dedicación, el empresario de comercio se ve obligado a rodearse de colaboradores y a contratar los servicios de diversas personas.

El conjunto de individuos que en forma directa o indirecta colaboran con el comerciante y que están unidos a él por diversas relaciones jurídicas constituyen el personal de la empresa comercial. Se les denomina, en general, en el lenguaje tradicional, los agentes auxiliares del comerciante.

El personal auxiliar de la empresa comercial puede agruparse en dos grandes categorías.

La **primera categoría** está constituida por todos aquellos sujetos que están unidos al empresario de comercio por un vínculo jurídico-laboral y que además, en determinadas condiciones, están facultados para representarlo y actuar a nombre de él. Se le denomina “**agentes auxiliares dependientes de comercio**” y está integrada fundamentalmente por los **factores o gerentes** y los **mancebos** (como los llama el Código) o **dependientes** propiamente tales.

Se trata de personas que son simples empleados que prestan sus servicios únicamente a su principal, subordinados a él jerárquica y económicamente. Son verdaderos colaboradores jurídicos de la actividad del comerciante, puesto que actúan en lugar y a nombre de él, con mayores o menores poderes, según sea el caso.

La **otra categoría** está formada por todos los colaboradores de la actividad mercantil de la empresa que no están ligados al empresario por un contrato de trabajo, sino por otros vínculos. Esta categoría recibe el nombre de “**agentes auxiliares independientes**” del comerciante y está integrada por corredores de comercio, comisionistas, agentes de negocios y martilleros.

Los agentes auxiliares independientes tienen por misión dispensar su mediación asalariada a los empresarios de comercio y facilitarles la conclusión de sus negocios. El agente independiente no es parte de las operaciones comerciales, sino que se limita a acercar a quienes tienen interés en contratar.

I.- LOS AGENTES O AUXILIARES DEPENDIENTES DEL COMERCIANTE.-

Generalidades.- Como ya lo adelantáramos lo que caracteriza al empresario de comercio es fundamentalmente la circunstancia de ser él quien asume el carácter de titular de los derechos y responsable de las obligaciones que se generan a propósito de la actividad constitutiva de la empresa. Pero no es necesario, dijimos también, que el empresario asuma por sí mismo la actividad

comercial, puede hacerlo por delegados que actúan en lugar y a nombre de él. La complejidad creciente de los negocios hace necesaria la presencia de un personal que colabore con el empresario de comercio. Cuando se requiere que este personal pueda actuar en lugar del principal, se recurre a la forma jurídica de la representación y del mandato. Debemos, pues, referirnos previamente a estos dos aspectos antes de analizar derechamente la misión de los auxiliares dependientes.

II.- EL MANDATO COMERCIAL.

La representación.-

La representación es una figura jurídica en virtud de la cual el acto jurídico concluido por una persona (representante) en nombre de otra (representado) se entiende celebrado por esta última y obliga su patrimonio. “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, dice el Art. 1448, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo”.

De los términos del artículo transcrito resulta que las fuentes de la representación pueden ser o la ley o el acto voluntario, y así se habla de representación legal y de representación convencional. Son **representantes legales** de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador (artículo 43 C.C.). El mandatario es representante convencional de su mandante, porque a diferencia del padre o tutor, que reciben de la ley la facultad de representar, el mandatario la recibe de su mandante mediante el contrato del mandato que con él celebra.

Lo característico de la representación reside en que los efectos del acto jurídico concluido por el representante obligan directamente al representado, de manera que la otra parte pueda dirigirse contra éste para exigirle el cumplimiento del contrato que su representante celebró.

Para que estos efectos jurídicos se produzcan es necesario que concurren dos presupuestos: capacidad para representar y contemplatio domini

Capacidad de representar.- Quiere esto decir que la persona que asume la representación de otra esté facultada por la ley o la convención para representarla. Excepcionalmente puede darse una figura de representación por la mera voluntad del representante, lo cual ocurre en la llamada agencia oficiosa, o gestión de negocios ajenos, que nuestro Código Civil trata como cuasicontrato.

Del hecho de ser requisito necesario que el representante tenga facultad de representar, se sigue que sólo obliga a su representado en cuando obre dentro de la esfera de sus facultades. Los límites del poder del representante resultan de la ley, (en los casos de representación legal) o del poder o procuración en los casos de representación convencional. En estos últimos casos habrá, pues, que examinar el mandato. Si es un mandato especial, sólo estará el

mandatario facultado para concluir él o los negocios taxativamente determinados en su poder; si es un mandato general de administración se entenderá facultado para todos los actos que señala el Art. 2.132 del Código Civil. La regla es ampliada por el Art. 340 del Código de Comercio con respecto a los poderes del factor, que es el mandatario general del Derecho Comercial; éste no sólo se entiende facultado para lo que conforme al Código Civil constituyen actos de administración, sino para todos los actos que sean necesarios “al buen desempeño de su cargo”. Así, el factor podrá vender y comprar, sin necesidad de poder especial “a menos, dice la ley, que el comitente se las restrinja (sus facultades) expresamente en el poder que les diere.

La contemplatio domini.- Para que exista representación es necesario, además, la concurrencia de este segundo requisito, que consiste en que el representante haya hecho saber al tercero con quien contrata que obra como representante. Esto es lo que en derecho se llama la contemplatio domini. Si el representante, mandatario, por ejemplo, celebra un contrato cumpliendo precisamente el encargo que de su principal recibió, pero no exterioriza su calidad de tal, no hay verdadera representación, o sea, el contrato no dará acción directa contra el mandante. Es lo que expresa el Art. 2.151 del C. C. También este principio está reconocido en el Código de Comercio a propósito del comisionista. Según el artículo 255, el comisionista que obra a su propio nombre se obliga personal y exclusivamente a favor de las personas que contraten con él, no obstante que el comitente se halle presente a la celebración del contrato o sea notorio que ha sido ejecutado por su cuenta.

Mandato y representación.- Lo anterior permite establecer que no son conceptos sinónimos “mandato” y “representación”. Ordinariamente, ambos supuestos obran en concurrencia y el mandatario es también representante. Según hemos visto, puede el mandatario que es la persona que recibe el encargo de gestionar un negocio por cuenta de otro, cumplir sus obligaciones de tal sin obrar como representante: tal es lo que ocurre cuando no exterioriza su calidad de representante.

Puesto que mandato y representación son dos conceptos distintos, es posible que haya mandato sin facultad de representación, lo cual ocurrirá, precisamente, cuando el mandante haya prohibido al mandatario concluir el contrato en su nombre.

El mandato comercial.-

El artículo 233 lo define en los siguientes términos: “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”.

Nuestra ley, atiende, pues, para calificar de mercantil el mandato, a la naturaleza de la operación encargada con respecto al mandante. Lo cual lleva

a veces a soluciones absurdas. Si un agricultor, por ejemplo, encarga a un comisionista la venta de la cosecha de su fundo, el mandato deberá calificarse de civil con arreglo a la definición del artículo 233, porque el negocio tiene ese carácter para el que dio el encargo. Se excluirán, pues, en tal caso, las reglas del derecho comercial que regulan la comisión, que es una especie de mandato mercantil. Sin embargo, el comisionista es de ordinario un comerciante y la lógica reclama que se califique de mercantil ese mandato para que las reglas de su profesión sean aplicadas al mandatario.

El mandato mercantil puede ser gratuito o remunerado.- La gratuidad del mandato es una reminiscencia romana, incorporada a nuestro Código a través de Pothier, que considera la gratuidad como uno de los requisitos de la esencia del contrato.

La verdad es que la idea de la gratuidad del mandato no responde a nuestros hábitos actuales. El solo hecho de representar a una persona en la conclusión de un negocio es ya de por sí un servicio, que importa pérdida de tiempo y sacrificios que nadie entiende hacer gratuitamente. Sobre todo en materias mercantiles, y por ello es tanto más censurable que nuestro Código de Comercio no haya sabido desprenderse del peso de una tradición desconectada de nuestras costumbres, y discordante con el principio general del lucro mercantil.

Pero el defecto es más técnico que práctico. Tratando de la comisión, dice el Código, que es por naturaleza asalariada (art. 239). Ocupándose de los factores manifiesta su opinión de que de ordinario prestan servicios asalariados y por ello reconoce entre las causas para rescindir el contrato: "la retención de su salarios en dos plazos continuos".

Especies de mandato comercial.-

Según el artículo 234, hay tres especies de mandato comercial: 1) **la comisión**, 2) **el mandato de los factores y mancebos o dependientes de comercio** y 3) **la correduría**. La enumeración, no es, sin embargo completa. También es mandatario el martillero en cuanto recibe encargo de vender mercaderías (Ley 18.118). También se señala como especie de mandato mercantil, el depósito mercantil, que se constituye en la misma forma que la comisión e impone al depositante y depositario los mismos derechos y las mismas obligaciones de los comitentes y comisionistas.

Capítulo 11

MANDATO DE LOS FACTORES O GERENTES DE COMERCIO

I.- Definición de Factor.-

Dice el art. 237 del Código de Comercio: **“Factor es el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante”**.

Los **mancebos o dependientes** son los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata (art. 237, inciso 2º).

El **mandante** toma el nombre de **principal** con relación a sus factores o dependientes (art.237 inciso final)

El factor es el mandatario con poder general de administración en el Derecho Mercantil. Sus funciones son las de administrar el establecimiento de que ha sido nombrado gerente, y, en consecuencia **está facultado “para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se le confiare”** (Art. 340).

En el factor resaltan las condiciones propias de un representante, pues tiene del mandatario poder de deliberación, ya que **administra “según su prudencia”** como expresa el Código (art.237) y la facultad de representar.

Los dependientes, en cambio, son subordinados del principal o mandante y **obran “bajo su dirección inmediata”**. Propiamente no son, pues, representantes y el Código lo pone de manifiesto al decir que “no pueden obligar a su comitente, a menos que éstos les confieran expresamente la facultad de ejecutar a su nombre ciertas y determinadas operaciones concernientes a su giro” (art.343).

II.- Forma y prueba de este mandato.-

Dispone el artículo 339 que los factores deben ser investidos de un poder especial otorgado por el propietario del establecimiento cuya administración se le encomienda. El mandato debe otorgarse por escritura pública para los efectos de la prueba e inscribirse en el Registro de Comercio (Art. 22 N° 5).

Según el Código Civil el mandato es un contrato consensual que puede constituirse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus derechos por otra. **El mandato de los factores, en cambio, está sujeto a formalidades, puesto que la ley exige que se otorgue un poder y que éste sea inscrito.**

Las formalidades exigidas para el mandato de los factores, tienen la particularidad de que su incumplimiento hace nulo el contrato entre los otorgantes; pero no produce el mismo efecto frente a terceros. Según el Art. 24, la falta de poder inscrito no impide que los actos o contratos celebrados por el mandatario surtan pleno efecto respecto de terceros y obliguen al mandante.

La inscripción es exigida por la ley en protección de los terceros, y la regla del Art. 24, tiene por objeto proteger la buena fe de los terceros que hayan contratado creyendo que el factor estaba provisto de los poderes necesarios con arreglo a la ley. De donde se sigue que faltando la buena fe en los terceros, también será nulo el acto respecto a ellos. Lo cual tiene particular importancia en caso de que el principal, al constituir su factor, haya limitado los poderes de éste con arreglo a la facultad que para hacerlo le reconoce el artículo 340 del Código de Comercio.

Si los terceros contrataron con el factor a sabiendas de la limitación de sus poderes, no podrán mantener la validez del acto realizado excediendo esos poderes a pretexto de que la limitación no consta de documento inscrito en el registro de comercio.

Puesto que la falta de poder inscrito no es alegable frente a terceros de buena fe (y la buena fe se presume), cuando éstos necesitan acreditar que la persona que contrató con ellos era realmente el factor del establecimiento de comercio, surgirá una dificultad sobre prueba.

Con arreglo al Código Civil no se admitirá para probar el mandato la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran instrumento auténtico (Art. 2.123). El mandato para negocios que exceda de 2 UT, no pueden probarse ante testigos porque la ley rechaza ese medio de prueba (Art. 1708-1703). Pero en materia comercial la prueba de testigos es siempre admisible, cualquiera que sea el valor del negocio (Art. 128). De manera que la prueba del mandato mercantil, incluso la del mandato del factor puede hacerse por medio de testigos (con la salvedad para el mandato de los factores que queda englobado dentro del artículo 24, cuando dice que los poderes de que no se hubiere tomado razón, no producen efecto alguno entre el mandante y el mandatario).

La otra cuestión es resolver para los negocios solemnes en que la ley exige ad solemnitatem escritura pública debe también extenderse en esa forma el mandato. El artículo 2.123 del Código Civil está regulando la prueba del mandato; no la prueba de los negocios objetos del encargo hecho al mandatario ni la forma de constituir éstos. No es razonable, así, afirmar que si el negocio objeto del mandato requiere para su validez escritura pública, sea necesario también para la validez del mandato el empleo de esa forma. Lo que la ley dice es que no se admitirá para poder probar el mandato la escritura privada cuando las leyes requieran para esa prueba la escritura pública; no dice que el mandato toma la forma solemne del contrato que es objeto de él. Sin embargo, no es ésta la opinión comúnmente seguida y conviene, para evitar dificultades, observar la opinión común y constituir por escritura pública el mandato cuando el negocio que es objeto de él requiere esa forma; por ejemplo, el mandato para constituir sociedad comercial, el mandato para vender bienes raíces, etc. La Jurisprudencia ha sido de este último parecer. Se ha fallado, así, que es nula la venta de un bien raíz que hizo un mandatario cuyo poder no fue otorgado por escritura pública.

III.- La capacidad.-

Pueden ser factores no sólo las personas que tengan la libre administración de sus bienes sino también los mayores de 18 años. Los menores de 18 años y mayores de 15, necesitan consentimiento de su representante legal. Menores de 15 además que hubieren cumplido con la obligación escolar.

IV.- Facultades y deberes de los factores.-

El mandato de los factores tiene por objeto confiarle a una persona la administración del establecimiento de comercio; de donde se sigue que sus facultades serán realizar los actos necesarios para esa administración, o sea, dicho en otras palabras, pertenece a la naturaleza de los poderes del factor, la facultad de realizar todos los actos necesarios para cumplir el giro del negocio que administra. Tal es el sentido del artículo 340. Pero está dentro del derecho del principal restringir esas facultades. Naturalmente, como ya lo dijimos, para que esas restricciones produzcan efecto frente a terceros de buena fe, es necesario que ellas consten del poder inscrito en el registro de comercio.

Son obligaciones del factor, las propias de todos los mandatarios, a saber: cumplir con arreglo a las instrucciones recibidas, a la prudencia y buena fe, el encargo que se les hace, rendir cuenta de su desempeño y entregar al mandante lo que haya recibido en su nombre en el cumplimiento de su encargo.

Además de esas obligaciones generales, que establece el Código Civil, la ley comercial hace recaer sobre el factor la obligación de respetar todas las reglas de contabilidad mercantil (art.341). Esto es, sobre ellos pesan las obligaciones del comerciante, su principal, en orden a la contabilidad del negocio administrado. Pero no se sigue de aquí que el factor sea un comerciante.

V.- Reglas especiales aplicables a los dependientes de comercio.-

A la inversa de los factores, los dependientes de comercio no son en general representante del principal. Pero la ley exige para ellos la misma capacidad que para ser factor (art. 342).

Los dependientes no son propiamente representantes del principal, de donde se sigue que carecen de la facultad de contratar en su nombre (artículo 343). Jurídicamente, el dependiente, es, no ya por faltarle la facultad de representar, sino por estar sometido directamente a la autoridad jerárquica de su principal y obrar bajo su inmediata dirección (artículo 237). Lo une a su principal un vínculo laboral.

Sin embargo, pueden también ser representantes del principal, y bajo este aspecto, mandatarios suyos. La facultad de representación, debe ser otorgada expresamente, según los términos del artículo 343. Pero puede resultar

implícita de la conducta del empleador que tolere la ejecución por el dependiente de actos jurídicos a su nombre. Tal es lo que ocurre en la práctica; el empleado del mostrador vende y recibe en nombre de su principal el producto de las ventas que hace al contado en el mostrador. La conducta del principal demuestra allí su expresa voluntad de reconocerlo como su mandatario (artículo 346). No basta, sin embargo, para ciertos actos, una autorización implícita. Conforme al artículo 344 del Código de Comercio, la autorización para girar, endosar o aceptar letras de cambio, firmar documentos de cargo o descargo, recaudar y recibir dinero, será conferida al dependiente por escritura pública, con especificación de los actos y negociaciones a que se extienda el encargo. El poder debe ser registrado y publicado en la forma establecida en los artículos 22 y siguientes.

Aparte de éste hay otros casos de representación del principal por el dependiente. Son los tratados en el artículo 345. Se refiere esa representación al caso en que el principal haya presentado al dependiente suyo como su mandatario para ejecutar algunas operaciones de su tráfico, mediante circulares. Los negocios que en tal hipótesis celebre el dependiente obligarán al principal; pero sólo en las esferas de los que han sido objeto del encargo y frente a las personas a quienes su comitente lo haya acreditado mediante la forma de circular, como representante suyo.

Por último, también es figura de representación del principal por el dependiente, la que se produce cuando el principal ha autorizado a su dependiente para firmar su correspondencia y ha anunciado mediante circulares esa autorización. Los negocios que concluya por carta el dependiente obligarán así al principal.

VI.- Casos en que se entiende que los factores y dependientes contratan en nombre del principal, a pesar de hacerlo a su propio nombre.-

Los factores como representantes del principal, y los dependientes en los casos que también les corresponda representarlo, obligan a su principal. Pero para que exista representación es necesario, como hemos visto, que la calidad de representante sea conocida por el otro contratante. La manera de hacer constar esa calidad de representante consiste en firmar poniendo en la antefirma la cláusula “por poder de...” u otra equivalente que sirva para poner de manifiesto la calidad de representante (artículo 325). Se sigue, pues, de aquí, por aplicación de una regla general que ya hemos conocido, que si el representante concluye el negocio en su propio nombre, no obliga a su representante frente a terceros. Esta regla se mantiene en el Derecho Comercial. Pero tratándose de factores y dependientes, hay casos de excepción. Según el artículo 328, no obstante que el factor o dependiente haya concluido el negocio en su propio nombre, se entenderá que lo ha ajustado por cuenta de su principal en los casos que ese artículo enumera.

Art. 328 N° 1.- El primer caso enumerado es de interpretación de voluntad. Si el negocio corresponde al giro ordinario del establecimiento que el factor administra, se presume que el negocio ha sido hecho por cuenta del principal, a

pesar de que el factor obre en nombre propio, en razón de que está prohibido a los factores traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las que hagan por cuenta de su principal. De manera que si violaren esa prohibición, el beneficio del negocio aprovechará al mandante y razonablemente debe esperarse que el factor no ha querido violar la prohibición y que su propósito ha sido obrar por su mandante. Como consecuencia de esta presunción, la ley otorga al tercero que tratare con el factor el derecho de perseguir a éste o a su principal para el cumplimiento de las obligaciones contraídas (artículo 329). Pero debe observarse que elegida una de las acciones, el tercero no podrá intentar la otra, o sea, si persigue al factor no podrá también requerir del principal el cumplimiento del negocio, y viceversa.

La regla de que tratamos supone, naturalmente, que el tercero ha sabido que trata con un factor de determinado establecimiento. Porque si hubiere contratado en el entendimiento de que el negocio era personal de la persona con quien contrató, no podría intentar la acción contra el principal, aun cuando después de concluido el negocio llegue a su conocimiento que tal persona era factor de un establecimiento de comercio y contrataba por cuenta de éste.

Supone además la regla del artículo 328, que el negocio concluido por el factor corresponde al giro del establecimiento. Si se tratare de un negocio ajeno a este giro, faltará la base de la presunción legal. Y puesto que se trata de una presunción, el principal podrá probar, si la acción fuere intentada en su contra, que su factor obró por propia cuenta y, en consecuencia, que el negocio le es ajeno.

Art.328 N° 2.- Se presume igualmente que el negocio ha sido ajustado por el principal, aun cuando no pertenezca a su giro ordinario si se ha celebrado por su orden (art. 328 N.2). En este evento, la orden del principal de ejecutar el negocio, es un mandato, y aun cuando por regla general (Código Civil, artículo 2151), el mandatario puede cumplir su encargo contratando a su propio nombre, y entonces no obliga al mandante frente a terceros, el Derecho Comercial prescinde de este rigorismo y se atiene a los hechos. Conocida por el tercero la orden de contratar dada por el principal, es razonable que éste entienda que el negocio celebrado en cumplimiento de esa orden se hace por cuenta del principal y que en ese convencimiento haya consentido. A diferencia del caso anterior, o se exige que el negocio pertenezca al giro ordinario principal. Pero se trata siempre, como en los casos que seguiremos tratando, de una presunción que puede ceder a la prueba en contrario.

Art. 328 N° 3.- Si el principal ratifica, expresa o tácitamente, el negocio concluido en su propio nombre por el factor o dependiente suyo, pone de manifiesto, aun cuando falte la orden de que antes hablamos, su voluntad de hacer suyo el negocio, reconociendo que fue hecho por su cuenta y que le obliga. Es ésta una aplicación particular del principio contenido en el artículo 2160 del Código Civil. Conforme a esta norma, si el mandante ratifica expresa o tácitamente las obligaciones contraídas por el mandatario excediendo los límites de su poder, se entiende que el mandatario ha reconocido que su negocio lo obliga. Es ésta también una presunción destinada a interpretar la

voluntad; de manera que el mandante podrá liberarse acreditando que su intención no fue ratificar el negocio haciéndolo suyo. Pero, a la inversa de los casos anteriores, la carga de la prueba destinada a destruir la presunción recae aquí sobre el mandante (artículo 328 N.3).

Art. 328 N° 4.- La cuarta regla presume que el negocio ha sido hecho por cuenta del principal, si sus resultados hubieren aprovechado a éste (art. 328 N.4). Como, por ejemplo, si la mercadería comprada por el factor o dependiente, hubiera ingresado a la bodega del principal. El fundamento de esta regla es la equidad; el tercero contrató con el dependiente o el factor, que obraron en su propio nombre; contra ellos debería solamente tener acción; pero el caso es que el principal se enriqueció con el negocio, los beneficios de éste a él aprovecharon. La equidad manda que responda ante el tercero, el cual de no tener acción en su contra, podría resultar perjudicado por la insolvencia del factor o dependiente contratante, y enriquecido, a su vez, sin causa, el principal que aprovechó los resultados de la negociación.

VII.- Prohibiciones del factor.-

El mandatario civil puede delegar su encargo, a menos que haya sido prohibida la delegación (Art. 2135). El mandatario del derecho comercial (factor y dependiente) no puede delegar su encargo sin noticia y consentimiento del comitente (Art. 330). Conviene aclarar, con respecto al factor, que esta regla no le impedirá contratar los auxiliares necesarios para la atención del negocio de que sea gerente, puesto que entre sus facultades está la de realizar todos los actos necesarios para el buen desempeño de su encargo (art.340), y la contratación de auxiliares es de ordinario indispensable para esos fines. De donde resultarán parcialmente delegadas algunas facultades del factor, ya que le será posible otorgar a los dependientes la facultad de celebrar por cuenta del principal a quien representa, determinados actos, (ventas en el mostrador, asientos en los libros, etc.). Lo que la ley prohíbe es la delegación de la totalidad de las funciones mediante la cual el factor o dependiente resulta descargado de su obligación. Pero siempre serán lícitas delegaciones parciales, que de no otorgarse, harían imposible la buena administración del negocio, v.gr. el factor necesitará delegar la facultad de representar en juicio al principal en cada negocio particular que se presente referente al giro del establecimiento.

También está prohibido al factor y al dependiente “traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las que hagan por cuenta de sus comitentes, a menos de que fueran expresamente autorizados para ello” (artículo 331).

El factor y el dependiente al contratarse prometen sus servicios al principal, y faltarían a la buena fe con que los negocios deben cumplirse si distrajeran su tiempo en la atención de negocios propios o de otros patrones. Los autores franceses, careciendo en su ley de un texto como nuestro artículo 331, fundan del modo dicho su opinión de que el dependiente no puede ni atender otros

negocios ni hacer el comercio por su cuenta. Pero en nuestra ley no se prohíbe propiamente al factor y al dependiente atender otros negocios, sino “traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género que las que hagan por cuenta de sus comitentes”, con lo cual se manifiesta que el propósito del legislador fue evitar que estos auxiliares del comerciante aprovecharan el conocimiento de los negocios de su principal para hacerle competencia. Se trata, como se ve, de una figura de competencia desleal o mejor todavía, de una competencia ilícita, cuya sanción establece la misma ley.

“Por el hecho de contravenir a esta prohibición, dice el artículo 331, en su inciso segundo, se aplicarán al comitente los beneficios que produzcan las negociaciones del factor o dependiente, quedando las pérdidas de cargo exclusivo de ellos”.

Es ésta una situación análoga a la prevista en la primera parte del N.4 del artículo 404, donde se prohíbe a los socios explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad” sancionando la infracción del mismo modo que hace el artículo 331.

El comerciante dueño no necesita probar que sufre perjuicio con el hecho de que su factor o dependiente se ocupe en su mismo giro; le basta probar la circunstancia de que ha infringido la prohibición, para tener derecho a que los beneficios del negocio le aprovechen. Pero, además, puede tener derecho a indemnizaciones si el acto del favor o dependiente le ha sido dañoso, como, por ejemplo, si el factor ha utilizado o divulgado un secreto de fabricación (Código Civil, artículo 2314).

La responsabilidad del factor o del dependiente frente al principal, puede provenir también de la violación de las instrucciones, la apropiación del resultado de una negociación o el abuso de confianza. Pero estos hechos no exoneran al principal del deber de cumplir los contratos concluidos por sus factores y dependientes (art.327).

El mandatario debe, en general, cumplir el encargo en conformidad a las instrucciones recibidas de su mandante. La recta ejecución del mandato, dice el artículo 2.184, comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a efecto. Pero el mandatario puede encontrarse en la imposibilidad de cumplir las instrucciones recibidas; en tal evento, lo normal es que se abstenga de obrar. Sin embargo, de observar esa conducta puede resultar al mandante antes daño que provecho, y el deber del mandatario será obrar en la forma que, según su prudencia, se acerque más a las instrucciones del mandante (Código Civil, artículo 2.150).

Las instrucciones que el mandante da al mandatario no constan de ordinario del poder, porque no están destinadas al conocimiento público, ni de las personas con quienes el mandante deba contratar, sino regulan sus relaciones con el mandante, derivadas del contrato del mandato. De aquí, pues, que la violación de las instrucciones del mandatario no exoneran al Principal del

cumplimiento de los compromisos que aquél haya contraído en su nombre. Pero si ellas constan del mismo mandato, como, por ejemplo, si en el mandato para comprar se indica la clase de mercadería o el precio que por ellas puede pagarse, esas instrucciones forman parte del mandato mismo y fijan los límites del poder del mandatario. Conocidas de los terceros con quienes contrate el mandatario, no podrán éstos sostener la validez del negocio frente al principal sin han sido hechos violando esas instrucciones, porque les falta el supuesto de la buena fe.

La responsabilidad del mandatario por la violación de las instrucciones del mandato se apreciará según las circunstancias del caso. Ello queda de manifiesto en los artículos 2.147, 2.148, 2.149 y 2.150 del Código Civil. Como la regla es que el mandatario debe cumplir el encargo conforme a las instrucciones recibidas, a él corresponderá probar las circunstancias necesarias para eximirlo de esa responsabilidad.

La responsabilidad del mandatario no existe sólo en caso de violación de las instrucciones recibidas. Puede haber celebrado el negocio ateniéndose estrictamente a las instrucciones de su mandante y, sin embargo, resultar responsable. El mandatario responde hasta de la culpa leve, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.129 del Código Civil y esto le impone el deber de obrar con la prudencia que los hombres acostumbran emplear en la administración de los negocios propios (artículo 44 del Código Civil). Un hombre prudente no realiza un negocio que le será manifiestamente pernicioso; de aquí que el Código Civil disponga que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución sería manifiestamente perjudicial para el mandante y de este modo incurrirá en responsabilidad a pesar de acomodarse a las instrucciones recibidas (artículo 2.149).

También estas reglas deben aplicarse a los factores y dependientes, mandatarios comerciales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del Código de Comercio.

VIII. Terminación del mandato del principal con sus factores y dependientes.-

Según el Derecho Civil, el mandante puede revocar a su arbitrio el mandato y la revocación produce efecto desde el día que el mandatario toma conocimiento de ella (Art. 2165). En el concepto clásico, el mandante no necesita justificar los motivos que le inducen a revocar el mandato; siendo éste un contrato concluido en consideración a la persona del mandatario, el mandante, tiene el derecho de poner término al contrato tan pronto como la confianza depositada en su mandatario falte.

El mandatario tiene también derecho de desligarse por su sola voluntad del vínculo contractual; pero su renuncia no produce efectos inmediatos, como ocurre con la revocación por parte del mandante. Conforme al artículo 2.127 del Código Civil “la renuncia del mandatario no podrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda

proveer a los negocios encomendados”. Significa esto que, a pesar de su renuncia, el mandatario continúa responsable de la administración del negocio que le fue encomendado, y deberá indemnizar a su mandante de los daños que le cause por el abandono inmediato del negocio. Salvo, naturalmente, que el mandatario “se halle en la imposibilidad de administrar por enfermedad u otra cosa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios” (Código Civil, artículo 2.167).

Otra es la situación en el mandato mercantil de los factores y dependientes de comercio. Este contrato, como hemos visto, se encuentra mezclado con el contrato de trabajo, por lo tanto, para la terminación por voluntad del mandatario se rige por las causales de terminación del contrato de trabajo que contempla el Código del Trabajo.

Capítulo 12

LA COMISIÓN

1.- Concepto.-

Recordemos que el artículo 234 nos dice que hay tres especies de mandato comercial: la comisión; el mandato de los factores y la correduría. Luego señala el Art. 235 que: “El mandato comercial toma el nombre de **comisión** cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles **individualmente determinadas**”.

De conformidad a las disposiciones indicadas, la comisión es una forma de mandato mercantil, y la persona que desempeña una comisión se llama **comisionista**.

Según el artículo 236 hay cuatro clases de comisiones:

- comisionistas para comprar;
- comisionistas para vender;
- comisionistas para transporte por tierra, lagos, ríos o canales navegables; y -
- comisionistas para ejecutar operaciones de banco.

Lo que **caracteriza a este mandato comercial**, es que el encargo versa sobre **una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas**. En el Derecho Comparado, no es éste el único criterio, ni el más acertado, para definir el contrato de comisión. Según los Código de Alemania y Suiza, la nota característica de la comisión es que el comisionista concluya los negocios en su propio nombre y no en el nombre del comitente, y como también es característica común que la comisión recaiga sobre negocios de comercio (mercaderías y productos en circulación), y el comisionista es de ordinario comerciante.

Entre nosotros el comisionista puede concluir el negocio en su nombre o en el de su comitente (art.254) y la mercantilidad del contrato que lo liga con el comitente no se determina con referencia a él, sino a la naturaleza que el negocio encomendado tiene para el comitente (artículo 223).

La nota característica de la comisión en el sistema chileno, no reside, pues, en ninguno de los elementos que se han venido señalando, sino en la circunstancia de que el negocio, objeto del encargo, sea una operación mercantil individualmente determinada (art.239). Lo que en nuestro sistema diferencia la comisión del mandato de los factores y dependientes de comercio, sería, pues, “que la primera adopta un carácter esporádico frente al mandato en general, mientras que la segunda envolvería un sentido de permanencia” (Palma Rogers).

En Derecho Civil el mandato es por naturaleza gratuito y unilateral. Lo primero, porque el mandatario no tiene derecho a remuneración, salvo que ésta haya sido ofrecida expresamente por el mandante o resulte tácitamente prometida por la costumbre. Lo segundo, porque en el momento de perfeccionarse el mandato sólo queda obligado el mandatario, sin que el mandante contraiga ninguna obligación. Las que vienen más tarde a pesar sobre éste no nacen en el momento de formación contrato, sino por hechos posteriores, como, por ejemplo, la obligación de reembolsar al mandatario lo que haya gastado de su peculio en la administración del negocio.

La comisión mercantil, por el contrario, es por naturaleza asalariada. (Art. 239). En consecuencia, en el momento de perfeccionarse el contrato, ambas partes quedan obligadas: el mandatario a cumplir el encargo, y el mandante o comitente a pagar la remuneración convenida o que sea de uso. Puede, entonces, decirse que la comisión mercantil es un contrato bilateral.

Es también un contrato consensual, del propio modo que lo es el de mandato civil.

2.- Aceptación tacita de la comisión; obligación que pesa sobre el comisionista aun cuando no acepta ésta. Según el artículo 2.125 del Código Civil, el mandato se entiende tácitamente aceptado cuando la persona que recibe el encargo hace oficio de encargarse de negocios ajenos, si recibido el encargo no declara dentro de un plazo prudencial su propósito de rechazarlo. Aun cuando se excuse de aceptarlo, siempre quedará obligada a tomar las providencias necesarias para la protección de los intereses del que le hizo el encargo mientras éste busca un substituto. Esta regla contenida en el artículo 2.125, ha sido reproducida para la comisión mercantil. Conforme a lo dispuesto por el artículo 243 del Código de Comercio, el comisionista que rehúsa el negocio propuesto por el comitente está obligado a dar aviso a éste de su repulsa en su primera oportunidad y tomar, mientras el aviso llegue a noticia del comitente, las medidas conservativas que la naturaleza del negocio requiera, como son las conducentes a impedir la pérdida o deterioro de las

mercaderías consignadas, la caducidad de un título o cualquier otro daño inminente.

El fundamento de esta regla se encuentra en que, siendo el comisionista un profesional del comercio en esa clase de giro (administración de negocios ajenos), el comitente presume justamente que su negocio será aceptado. El Código Civil lo expresa claramente, pero no así el Código de Comercio. Aplicando el artículo ateniéndose a su riguroso tenor literal, habría, pues, que concluir, que si la comisión se confiere a una persona que no hace oficio de ocuparse de esa clase de negocios, un agricultor, o un empleado público, por ejemplo, pesaría siempre sobre ella la obligación de avisar su repulsa, y administrar provisionalmente, entre tanto, el negocio encomendado. Pero esa solución sería injusta. Deberá, pues, entenderse, que ella es sólo aplicable cuando la persona que recibe el encargo es un comisionista de profesión.

La obligación de que tratamos no pesa indefinidamente sobre el comisionista. Recibida por el comitente la noticia de su repulsa a aceptar el encargo, deberá éste dentro de un término prudencial, proveer a la substitución del comisionista. Si transcurrido ese término, cuya apreciación queda entregada al arbitrio del tribunal, siendo un hecho no susceptible de censura por el tribunal de casación, el comitente no substituye al comisionista, tiene éste el derecho de consignar las mercaderías y vender, con permiso del tribunal, las necesarias para reembolsarse de lo que haya gastado para su cuidado y conservación (art.244).

3.- Capacidad para ser comisionista.- El Código de Comercio no dio regla especial sobre la capacidad necesaria para ser comisionista, como lo hizo para los factores (art.338) y dependientes (art.342). A falta de texto expreso, habrá que recurrir a los principios generales. Si la operación encargada no es un negocio mercantil, no habrá propiamente comisión, sino mandato civil y se aplicará lo dispuesto en el artículo 2.128 del Código Civil que admite que un menor adulto pueda ser mandatario. En la hipótesis de que el mandato sea mercantil o de que el comisionista sea un comerciante, se aplicarán las normas que ya conocemos sobre capacidad para ser comerciante y realizar actos de comercio.

4.- Revocación de la comisión.- El Derecho Civil consagra como principio la facultad del mandante de poner término al mandato a su arbitrio mediante la revocación (Art. 2165). Pero en materia comercial la regla es modificada. El comitente, dice el Art. 241 no puede revocar a su arbitrio la comisión **aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros**. El estudio de esta disposición puede hacerse considerando los dos casos de que ella trata. El primero es el caso de interesar la comisión al comisionista. La determinación de esta circunstancia es una cuestión de hecho, que aparecerán soberanamente los jueces de fondo. El segundo es el caso en que la comisión interese a un tercero. Con arreglo al Art. 238, la comisión puede darse por cuenta de un tercero; es éste un caso de estipulación por otro. De acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil, cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona; pero mientras no intervenga la aceptación expresa o tácita de

esta última, el contrato es revocable por la sola voluntad de quienes intervinieron en él. Si la comisión ha sido dada en esta forma, no interesa al comitente, sino al tercero por cuya cuenta la dio; naturalmente que mientras este tercero no intervenga aceptando lo estipulado, en su nombre, podrán comitente y comisionista dejar sin efecto lo estipulado. Pero no se trata aquí de resolver ese caso, sino el de revocación por la sola voluntad del comitente. Con arreglo a lo dispuesto en el Art. 241, del Código de Comercio, siempre que la comisión aparezca dada en interés a un tercero no podrá el comitente revocarla a su arbitrio.

La violación de esta regla impondrá, pues, con arreglo a los principios generales, la obligación de indemnizar los perjuicios que el comisionista o el tercero sufran con motivo de ella.

5.- Renuncia de la comisión.- Al igual que en Derecho Civil, el comisionista no puede desligarse del vínculo contractual, si su renuncia causa al comitente un daño irreparable, sea porque no pueda proveer por sí mismo a la administración del negocio, sea por la dificultad de dar un sustituto al comisionista (Art. 242). No se trata precisamente de prohibir al comisionista el derecho de renunciar el encargo una vez aceptado; se trata, solamente, de regular el ejercicio de ese derecho que se niega cuando de él resulta un perjuicio grave.

6.- La muerte del comitente no pone término a la comisión; pero sí la del comisionista, a menos que se trate de una firma de éstos.- El mandato civil termina por la muerte del mandante (Art. 2163 N° 5). No así la comisión mercantil. La razón de esta regla ha de encontrarse en las circunstancias, de que para el comisionista que se encarga de un negocio ajeno mediante un salario, no es fundamental la persona del comitente, como lo es en Derecho Civil, particularmente en el supuesto mandato gratuito. De aquí, pues, que la comisión mercantil no termine por la muerte del comitente; las obligaciones y derechos de éste, dice la ley, se transmiten a los herederos (Art. 240). Pero, en cambio, es fundamental para el comitente, la persona del comisionista, y es por eso que la regla del Derecho Civil conforme a la cual el mandato termina con la muerte del mandatario (artículo 2.163, N°5) no ha sido derogada en materia de comisión mercantil. Pero si en vez de contratar con un comisionista, se ha tratado con una firma de comisionistas, aun cuando uno de ellos muera, siempre subsistirá la comisión mientras subsista la empresa de comisionistas. La solución estaba dada expresamente en el proyecto del señor Ocampo (art.354). La supresión del texto, no altera, sin embargo, la solución; porque ella se impone por los principios generales.

7.- Obligación de concluir la comisión.- Aceptado el encargo (y la aceptación puede ser expresa o tácita), el comisionista queda obligado a concluirlo bajo pena de responder de los perjuicios que causa al comitente su incumplimiento (Art. 245), salvo, naturalmente, que haya podido liberarse mediante renuncia, en los casos en que ésta es lícita, o que el incumplimiento no le sea imputable. Pero, con arreglo a los principios generales, pesará sobre el comisionista la prueba de su excusa. Podrá esta excusa consistir en que el comitente no ha

cumplido las obligaciones que a su vez contrajo, como, por ejemplo, proveerlo de los fondos necesarios para cumplir el encargo; o en la imposibilidad de cumplirlo con arreglo a las instrucciones recibidas (Código Civil, artículo 2.150) o en el hecho de ser dañoso para el comitente cumplir el encargo aun con arreglo a sus instrucciones (artículo 2.149) o en otras circunstancias que a juicio del tribunal excusen la culpa.

8. Obligación de cuidar los efectos sobre que versa la comisión.- Por la aceptación del encargo, el comisionista queda obligado a cuidar los efectos sobre que versa la comisión (artículo 246). En el cumplimiento de esta obligación, el comisionista, que es un mandatario, responderá hasta de culpa leve (art. 2.129), debiendo apreciarse la circunstancia con mayor rigor si es un comisionista asalariado, como ocurre normalmente. Cesará la responsabilidad si la pérdida o deterioro de los efectos o mercaderías ocurriere por caso fortuito o por vicio propio de las cosas (Art. 248). Pero aun en este caso responderá si el caso fortuito o el vicio le fueren imputables. La prueba del caso fortuito o del vicio propio de la cosa, recaerá sobre el comisionista.

9.- Presunción sobre las condiciones en que el comisionista recibe la mercadería.- La ley presume que el comisionista recibe en buenas condiciones la mercadería, si éste, en el momento de recibo, no hace constar su disconformidad con la carta de porte o el conocimiento y no da aviso al comitente (Arts. 249, 302 y 303). Estos artículos se refieren a una forma legal de hacer constar tales circunstancias; pero no la establecen. La manera de hacer el reclamo la encontramos regulada en los títulos referentes al transporte terrestre y marítimo. Con arreglo a estas últimas normas, el consignatario o cualquier interesado, pueden, antes de que la descarga se verifique, exigir el reconocimiento judicial de la de la mercadería, si los bultos ofrecieren señales exteriores de faltas o averías (artículo 1005).

10.- Forma en que el comisionista debe cumplir el encargo.- El comisionista debe cumplir el encargo de conformidad a las instrucciones recibidas (Art. 268). Las instrucciones miran solamente las relaciones entre comitente y comisionista y no interesa a los terceros. Así, pues, la violación de las instrucciones no autoriza a los terceros que traten con el comisionista de desligarse de los contratos concluidos en él (Art. 270), del mismo modo que tampoco podrá ser invocada por el comitente frente a terceros para desligarse de los contratos que el comisionista concluya en su nombre, salvo que constaren del mandato y hayan sido conocidas del tercero contratante

Si del cumplimiento literal de las instrucciones recibidas resultare perjuicio para el comitente el comisionista deberá suspender la ejecución del encargo y dar aviso al comitente, en la primera oportunidad (Art. 268). Es una regla análoga a la contenida en el Art. 2149.

Igual conducta debe seguir el comisionista en los casos no previstos por el comitente al darle instrucciones; salvo que estuviere autorizado para proceder

a su arbitrio o que la naturaleza del negocio impidiere suspender su ejecución sin grave daño; en cuyo caso deberá proceder conforme a los usos o procedimientos de los comerciantes entendidos y diligentes (Art. 269). La regla que da el Derecho Comercial para este caso, es de contenido análogo a la del artículo 2150. Pero el tipo de comparación para la prestación de la culpa no es el hombre diligente (buen padre de familia del Derecho Romano) sino el comerciante entendido y diligente; en último término, un tipo más especificado de padre de familia.

11.- El comisionista debe cumplir el encargo por sí mismo.- El comisionista debe cumplir el encargo por sí mismo, estándole prohibido delegar en otro su cumplimiento (Art. 261). Pero esta regla no es absoluta, y el valor o licitud de la delegación deberá apreciarse en cada caso. Desde luego, no está prohibido al comisionista encargar a sus dependientes aquellos actos complementarios o subalternos que conforme a la costumbre del lugar se encarga a los dependientes (Art. 262). Pero, además de los términos mismos del encargo, o de circunstancias posteriores, puede resultar implícita una autorización para delegar.

Es evidente que será lícito al comisionista delegar el encargo si está autorizado expresamente para hacerlo (artículo 261). Pero, además, puede resultar implícitamente autorizado para ello.

Determinar si existe esa autorización implícita es un procedimiento de interpretación de voluntad cuyas conclusiones de hecho quedarán fuera del control del tribunal de casación. La misma ley establece una presunción de esta naturaleza en el artículo 264, donde se entiende que el comisionista está autorizado para delegar cuando le fuere imposible obrar por sí mismo y hubiere peligro en la demora. Supuesto de la autorización presunta es el peligro de daño en la demora, de manera que no habiéndolo faltará la autorización y el comisionista que esté impedido, deberá dar aviso de esa circunstancia al comitente y esperar sus órdenes (art.264, inciso 2°).

La delegación implícita o explícita, puede ser hecha en nombre del comisionista o en nombre del comitente. En este último caso la ley chilena entiende terminada la comisión con respecto al comisionista delegante (artículo 266, inciso 1°). La cuestión de si termina el mandato por el hecho de que el mandatario delegue en otro el encargo, ha sido también planteada en el Derecho Civil donde no existe un texto explícito como en el Código de Comercio que recién citamos. Las opiniones se han dividido en la Jurisprudencia. No parece, sin embargo, fundada la opinión de los que ven en la delegación del mandato civil una causa de extinción de éste; pues los textos se presentan poco favorables. En efecto, según el artículo 2136 la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derechos a terceros en su contra por los actos del delegado; en tal supuesto es de toda evidencia que, no produciendo efectos la delegación frente al mandante, el vínculo de éste con el mandatario delegante subsiste en toda su integridad. Otra podría ser la solución en el caso de que el mandatario haya sido autorizado para delegar en determinada persona, y delegue en ella,

porque con arreglo al artículo 2.137 en ese supuesto se produce entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que sólo puede ser revocado por el mandante y no se extingue ni por la muerte del delegante ni por otro motivo que se refiera a éste.

Pero si el comisionista delega en su propio nombre subsiste el vínculo que lo liga con su comitente y nace uno nuevo entre él y el delegado, que no afecta, por lo tanto, al comitente (artículo 266).

12.- Responsabilidad del comisionista en el caso de la delegación del mandato.- Deben distinguirse dos situaciones: a) El comitente ha designado la persona en quien podrá hacer la delegación; b) la persona no ha sido designada.

En el primer caso, el comisionista no responde de los hechos del delegado; salvo que al tiempo de hacer la delegación hubiera sufrido menoscabo la reputación o solvencia que gozaba la persona designada en la época en que el comitente lo designó al efecto. En tal supuesto, dispone la ley que el comisionista deberá abstenerse de hacer la delegación; de donde se sigue que responderá de los perjuicios que sufra el comitente, si en vez de abstenerse delega, porque ello importará una falta de prudencia constitutiva de culpa.

Si la persona del delegado no fue nombrada por el comitente responde de los daños que el delegado causare al comitente: a) si el delegado no fuere persona notoriamente capaz y solvente; o b) si al verificar la substitución hubiere alterado de algún modo la forma de la comisión (artículo 2065).

En todo caso el comisionista deberá comunicar a su comitente el hecho de la delegación y de la persona en quien la hizo (Art. 267).

13.- Nombres en que puede obrar el comisionista; obligaciones frente a terceros.- En el cumplimiento del encargo el comisionista puede obrar en su propio nombre o en el de su comitente. En este último caso obrará como representante, de manera que frente a terceros no quedará él obligado por el contrato, sino su comitente en cuyo nombre lo celebró (Art. 260). Conservará, sin embargo, frente al mandante y terceros, sus derechos como mandatario comercial y responderá en el mismo carácter.

Si obra en su propio nombre (y en caso de duda se presume así) (Art. 259), como no hay representación, sólo él quedará obligado frente a terceros, y aun cuando el comitente se halle presente en la conclusión del contrato y se haga saber como interesado en el negocio o sea notorio su interés, no quedará obligado frente a terceros (Art. 255).

Pero, puede el comisionista **reservarse**, en el momento de concluir el negocio, declarar la persona, por cuenta de quien lo celebra, en cuyo caso, hecha la declaración, los efectos del contrato se producen retroactivamente en la

persona por cuya cuenta se declare haberlo celebrado (Art. 256). En este caso, desde el momento de la celebración del negocio, el tercero que contrata con el comisionista sabe que no es éste el interesado en el negocio y formalmente resulta expresada esa circunstancia de la reserva del derecho de declarar con posterioridad el nombre del interesado. De aquí, entonces, que una vez hecha la declaración, los derechos y obligaciones que el contrato produce pertenezcan y recaigan sobre la persona declarada.

Celebrado el contrato por el comisionista en su propio nombre, el comitente carece de acción directa contra los terceros; pero podrá obrar contra éstos en cuanto cesionario de las acciones del comisionista, y éste estará obligado a hacer la cesión (Art. 257).

En vez de exigir la cesión de las acciones del comisionista, el comitente puede declarar a los terceros que el contrato concluido por el comisionista le pertenece, y que toma sobre sí el cumplimiento. En cuyo caso se mantendrán siempre los efectos del contrato concluido entre comisionista y terceros, y el comitente será mirado como un fiador de aquél (art.258).

14.- Autocontratación.

Sea que obra en nombre propio o ajeno, el comisionista no puede contratar consigo mismo sin expresa autorización de sus comitentes. Así, dice la ley, no podrá comprar o vender por cuenta de un comitente, mercaderías que tenga para vender o que esté encargado de comprar por cuenta de otro comitente; ni comprar para sí mercaderías de sus comitentes, o adquirir para ellos efectos que le pertenezcan (Art. 271).

El contrato supone por lo general el acuerdo de dos intereses opuestos; si estos intereses aparecen gestionados por una misma persona que obra como representante de dos patrimonios, surge el problema de la validez del negocio. En opinión de don Arturo Alessandri, el acto celebrado es jurídicamente posible en nuestro derecho, ya que no lo ha prohibido de un modo general limitándose a prohibirlo en casos específicos. Si para esos casos la ley ha establecido prohibición, argumenta el señor Alessandri, es porque jurídicamente es posible autocontratar; si así no fuera, la ley o habrá establecido una prohibición general, o no habría dicho nada. "Se prohíbe, dice, los actos que puedan celebrarse como un medio de prevenir los peligros que puedan acarrear en ciertas circunstancias; pero no se prohíben los que por su naturaleza no pueden celebrarse jamás. La ley, agrega, prohíbe el matrimonio entre ascendientes y descendientes porque es prácticamente posible, pero no prohíbe el de las personas del mismo sexo porque ni jurídica, ni materialmente cabe su posibilidad (en la época que el señor Alessandri escribió este artículo no se vislumbraba siquiera el matrimonio entre personas del mismo sexo).

No pertenece a la teoría del Derecho Comercial el examen de esta materia, de manera que nosotros, reconociendo su ninguna importancia, nos limitaremos a esbozarla y a constatar que en el contrato de comisión que estamos tratando, es principio que el comisionista sólo puede contratar con autorización del

comitente. La ley, sin embargo, admite que el comisionista pueda autocontratar, sea que obre como representante de dos comitentes, o cuando éste o ellos lo autorizan. Con lo cual se confirma la opinión expresada por el señor Alessandri, de no ser imposible jurídicamente el autocontrato.

La autocontratación está prohibida al comisionista cuando representa intereses incompatibles, de manera que cesando o no existiendo la incompatibilidad, lo que es una cuestión de hecho determinar, cesará la imposibilidad de autocontratar.

Cesa, también, según ya vimos, cuando él o los comitentes autorizan al comisionista para autocontratar. Pero la autorización, como expresa el señor Alessandri, debe ser formal, esto es, “expresa”, no pudiendo presumirse por fuertes que sean las circunstancias que hagan suponerla.

Conocida la regla que prohíbe la autocontratación al comisionista, interesa saber cuál es la sanción que trae el acto celebrado contraviniendo a la prohibición. Según el artículo 1.446 hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley, y conforme al artículo 1.682 del mismo cuerpo de leyes, la nulidad producida por un objeto o causa ilícita es absoluta. Pudiera, pues, estimarse que prohibida al comisionista la autocontratación, el autocontrato celebrado violando la prohibición es absolutamente nulo. El señor Alessandri, estima, sin embargo, que la nulidad es meramente relativa, porque el acto no está propiamente prohibido sino autorizado bajo ciertas circunstancias o condiciones. “Acto prohibido, dice, es el que no puede realizarse en forma alguna, bajo ningún pretexto. El que puede celebrarse llenando ciertos requisitos, no lo es; por el contrario, es permitido. Así ocurre con esta compraventa, se refiere al art.2144, que puede verificarse mediante la aprobación expresa del mandante. Esta aprobación viene entonces, a ser un requisito o formalidad prescrita por la ley para que el acto pueda realizarse, y como no se ha exigido en consideración a la naturaleza del mismo, sino a la calidad de mandante que invista una de las partes, con el propósito de proteger sus intereses, su omisión produce nulidad relativa según, el artículo 1682”. Consecuencia de esto será, entonces, que el mandante podrá hacer suyo el negocio concluido por el comisionista consigo mismo o como comisionista de otro cliente, dando así “a posteriori” el consentimiento necesario para la legítima conclusión del acto. Pero la Corte Suprema ha sido de otra opinión y ha estimado que el autocontrato del comisionista, estando prohibido por el artículo 271 del Código de Comercio, es absolutamente nulo (*Autocontratación prohibida al comisionista*. Sin formal autorización del comitente, no puede el comisionista, en la celebración de un contrato, representar intereses incompatibles, por lo cual le está expresamente prohibido comprar para sí mercaderías de su comitente, o adquirir para éste efectos que le pertenezcan. Tales ventas son nulas de nulidad absoluta (C.S. 1916).

15.- Rendición de cuentas.- Durante el desarrollo de las negociaciones, el comisionista debe informar a su comitente de todas las noticias referentes a la negociación que puedan inducir al comitente a confirmar, revocar o modificar sus instrucciones (art.250). Terminado el negocio, mejor dicho, terminada la

comisión (aún cuando no se haya logrado realizar el negocio encomendado), el comisionista debe: 1º dar inmediato aviso a su comitente; 2º rendir cuenta de su administración, devolviendo al comitente los títulos y demás piezas que le hubiere entregado para cumplir el encargo, salvo las cartas misivas; 3º reintegrar al comitente el saldo que resulte a su favor (art.279).

De estas obligaciones, las más importantes son las de rendir cuenta y restituir el saldo resultante. De ellas trataremos a continuación.

La cuenta debe ser detallada y justificada, esto es, debe especificar todos los datos necesarios para su acertado entendimiento por el comitente y sus partidas deben ser comprobadas por el comisionista. La obligación de rendir cuenta recae sobre todo mandatario, y así lo expresa el Código Civil. Conforme al artículo 2155, las partidas importantes de la cuenta deben ser documentadas, si el mandante no hubiera acordado otra cosa. La ley comercial no hace distinción acerca de la importancia de las partidas para exigir su justificación, porque el comisionista es de ordinario un comerciante obligado a llevar libros y la ley requiere que su cuenta se haga en concordancia con las anotaciones de su contabilidad (art.280). Con todo, es evidente que, tratándose de partidas pequeñas y de gastos inevitables, la exigencia de prueba se apreciará con más latitud, sobre todo si el comisionista no es un comerciante.

La ley no señala la forma de rendir la cuenta; ésta se determinará según las circunstancias de cada caso. Se ha fallado, sí, que para la comisión que consiste en comprar cierto número de acciones la cuenta queda satisfactoriamente rendida con que el comisionista entregue al comitente los títulos de las acciones compradas y ponga a su disposición el dinero no invertido (C.S. 1915).

La rendición de la cuenta comprende la entrega de la cosa que se haya adquirido por el comitente y la restitución de los documentos, títulos y piezas que el comitente haya puesto a disposición del comisionista para el cumplimiento del encargo, así como la mercadería no vendida.

Si el comisionista obró en nombre propio para cumplir el encargo, la rendición de la cuenta deberá comprender el traspaso del dominio de las mercaderías adquiridas por cuenta del comitente, porque aun cuando haya obrado el comisionista en nombre propio ha obrado por cuenta de su comitente (art.298).

La rendición de cuentas deberá hacerse tan pronto como el negocio haya quedado concluido. Desde este momento el comisionista caerá en mora si no rindiese su cuenta y soportará las sanciones como deudor moroso que le impone la ley. Son estas sanciones la pérdida de su derecho para cobrar al comitente sus intereses por sus avances desde el día de la mora (art.283), y la obligación de abonar, a su vez, intereses al comitente por el saldo resultante a favor de éste (artículo 281).

El saldo debe ser enviado por el comisionista tan pronto como termine el negocio y cumplida la obligación en estas condiciones, los riesgos de la remisión del saldo serán de cuenta del comitente (art.282). A contrario,

debemos concluir, que si la remisión del saldo se hace después de que el comisionista está en mora, los riesgos del envío son de su cuenta (Comparece, Código Civil, artículo 1.547).

16.- Obligaciones del comitente frente al comisionista.- El comisionista tiene derecho a que se le retribuyan competentemente sus servicios (art.275), por el comitente. La retribución debida será la estipulada, y a falta de estipulación la que sea de uso en la plaza donde la comisión fue desempeñada, y en su defecto la acostumbrada en la plaza más inmediata. Si el uso faltare o no resultare bien establecido, corresponderá al juez regular la remuneración atendida las circunstancias (art.275).

Fuera de la remuneración prometida o de uso, el comisionista no tiene derecho a obtener del negocio ningún otro lucro, debiendo restituir a su comitente cualquier provecho directo o indirecto que obtuviere en el desempeño de su mandato. Así, el comisionista encargado de vender mercaderías no puede dejar para sí el sobreprecio que obtenga sobre el fijado en sus instrucciones y la aprobación de este provecho constituye estafa; salvo, naturalmente, que por convenio especial se hubiere acordado que el sobreprecio le pertenezca o sea de provecho común para comitente y comisionista (art.306).

Si haciendo uso de la autorización conferida, el comisionista hubiere autocontratado en el cumplimiento del encargo, el comitente sólo deberá la mitad de la comisión, a menos de convenio en contrario (art.276); y si hubiere sido revocado el encargo antes de la conclusión del negocio, sólo tendrá derecho a la remuneración por el trabajo realizado hasta el momento en que le hubiere llegado la noticia de su revocación (art.277).

Como todo mandatario, el comisionista tiene derecho a exigir de su comitente los fondos necesarios para la ejecución del encargo. El incumplimiento de esta obligación por parte del comitente autorizará al comisionista para renunciar el encargo sin responsabilidad; a menos que se hubiere obligado a anticipar fondos (art.272).

Cumplido el encargo tendrá derecho a que su comitente le reembolse lo gastado con los intereses corrientes, aun cuando la comisión no se haya evacuado cumplidamente (art.264).

17.- Derecho de retención a favor del comisionista.- El comisionista goza del derecho legal de retención para garantía de pago de lo que le deba el comitente. Es éste un derecho que se reconoce en todas las legislaciones al comisionista; nuestro Código Civil sigue esa tradición, al disponer en el artículo 2.475 que el privilegio del consignatario en los efectos consignados se regirá por el Código de Comercio. Este último cuerpo de leyes, reconoce, en efecto, al comisionista el derecho de retener las mercaderías consignadas hasta el preferente y efectivo pago de su anticipaciones, intereses, costos y salarios; el ser pagado preferentemente a los demás acreedores del comitente sobre el producto de las mercaderías consignadas, que podrá retener para esos

efectos, y por último, un derecho de prenda sobre las mercaderías que se le hubieren entregado real o virtualmente (artículos 284,287 y 289).

18.- Concepto del derecho de retención, sus semejanzas con otras instituciones.- El derecho legal de retención, tal cual resulta de las disposiciones del Código de Comercio, es un poder de hecho que el comisionista ejercita sobre los efectos consignados, sobre el precio de los mismos, que retiene en su poder hasta ser pagado de sus créditos. Se configura así el derecho legal de retención en forma muy semejante a la llamada “exceptio non adimpleti contractus” propia de los contratos bilaterales. En este tipo de contrato las dos partes son recíprocamente obligadas, de manera que, según una expresión corriente, la obligación de la una sirve de causa a la otra. Sea en razón de este fundamento que invocan los autores causalistas (Capitant), sea en razón de un principio de equidad, y para que la voluntad de las partes se cumpla real y verdaderamente (Planiol), es el hecho que en los contratos bilaterales, así como se reconoce a una de las partes el derecho de pedir la resolución del contrato cuando la contraparte no cumple con sus obligaciones, se reconoce también en iguales circunstancias, el derecho de no cumplir obligaciones si la contraparte no cumple las suyas. Nuestro Código Civil consagra este derecho en el artículo 1.552 al decir que en los contratos bilaterales ninguna de las partes se encuentra en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras la otra no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. En una y otra hipótesis (retención y exceptio non adimpleti contractus), el derecho reconoce a una de las partes la facultad de suspender o retener el cumplimiento de su obligación. Por este mismo efecto, pudiera también compararse el derecho legal de retención, a la excepción de compensación, que tiene lugar cuando dos personas son recíprocamente deudoras y produce como efecto la extinción de ambas deudas hasta concurrencia de sus valores (Código Civil, artículos 1.655 y 1.656). Aquí también puede verse un caso de retención recíproca de las prestaciones; pero con un efecto particular que no permite confundirla ni con la retención ni con la exceptio non adimpleti contractus, y es que su efecto es definitivo, que extingue las deudas. En los otros casos, en cambio, la retención o la suspensión del cumplimiento de la deuda, no es definitiva, sino transitoria, hasta que la contraparte cumple la prestación debida.

El derecho legal de retención presenta otro interés que el de evitar que el acreedor retencionario sea obligado a restituir la especie retenida mientras no sea pagado de su crédito, que sería solamente un modo de obligar al propietario de la cosa a pagar su deuda para obtener la restitución de aquélla; otorga, además, un privilegio oponible a los demás acreedores en caso de quiebra para pagarse con preferencia a ellos sobre la cosa retenida.

Nuestro Código Civil trata diversos casos particulares donde reconoce el derecho legal de retención, como un privilegio de segunda clase. Tales son, por ejemplo, el del posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños, el del acarreador o empresario de transporte sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo,

expensas y daños (artículo 2.474). También es un derecho de retención el reconocido a favor del arrendador sobre las especies introducidas por el mandatario en la cosa arrendada (art.1.942). Pero carece ese cuerpo de leyes de una disposición que reconozca de modo general el derecho de retención legal a favor del detentador de una cosa ajena hasta ser pagado de lo que deba el propietario de esta cosa. El texto lo encontramos, en cambio, en la Ley de Quiebras, cuyo artículo 71, inciso 4º que dice: “Cuando a algún acreedor corresponde el derecho de retención, en los casos señalados por las leyes, no podrá privársele de la cosa retenida sin que previamente se le pague o se le asegure el pago de su crédito. La procedencia del derecho legal de retención podrá ser declarada aun después de la sentencia de quiebra”.

De lo dicho se desprende que, para que exista derecho legal de retención, es necesario: a) que el acreedor retencionario tenga en su poder una cosa de su deudor, b) que tenga esa cosa en virtud de la misma relación obligatoria que motiva la deuda a su favor contra el dueño de la cosa retenida.

De aquí, pues, que si el acreedor entrega la cosa al deudor, pierde su derecho de retención (Código Civil, artículo 2.474; Código de Comercio, artículo 301).

19.- Naturaleza del derecho legal de retención.- Los autores franceses discuten si el derecho legal de retención presenta naturaleza real, esto es, si puede oponerse a terceros, o si sólo es válido frente al deudor. La solución corrientemente admitida es que puede ser opuesto a los acreedores quirografarios (Colin et Capitant). Entre nosotros, no cabe duda que el derecho legal de retención puede alegarse frente a los acreedores del dueño de la cosa retenida, ya que el Código Civil reconoce en diversas hipótesis de retención un privilegio de pago de segunda clase a favor del acreedor retencionario (art.2.474) y la Ley de Quiebras hace lo propio (art.71).

20.- El derecho legal de retención a favor del comisionista.- Según el artículo 284 del Código de Comercio, para que el comisionista tenga derecho legal de retención sobre las mercaderías o efectos consignados, es necesario: 1º) que le hayan sido enviadas de una plaza a otra; y 2º) que le hayan sido entregados real o virtualmente. Los artículos .285 y 286, establecen cuando hay envíos de una plaza a otra y cuándo entrega real o virtual. No habremos de ocuparnos del requisito de la entrega exigido por el artículo 284, porque sabemos ya que la retención supone que el acreedor retencionario detenta la cosa de su deudor, lo cual no puede ocurrir si esa cosa no ha sido puesta bajo su disposición mediante entrega real o simbólica. Pero en cambio debemos examinar el requisito del envío de una plaza a otra.

En virtud de esa exigencia no todo comisionista goza derecho de retención sobre las mercaderías consignadas, porque si, por encontrarse éstas en el mismo lugar en que el comisionista va a cumplir el encargo, falta la remisión de una plaza a otra, no habrá lugar al derecho legal de retención. En tal supuesto gozará, según el artículo 289, sólo del derecho de prenda sobre las mercaderías que se le hubieren entregado real o virtualmente.

De estas disposiciones, resulta, pues, que el derecho legal de retención es un privilegio superior al de la prenda, y como en el orden de prelación de créditos, el derecho del acreedor prendario, pertenece a la segunda clase, significa esto que el comisionista con derecho legal de retención tiene un privilegio extraordinario que supera a los demás. El porqué de esta diferencia, según los autores, se encontraría en el temor que habría tenido el legislador que mediante supuestas comisiones el deudor en mal estado de negocios pusiera a cubierto de la persecución de sus acreedores la mayor parte de sus bienes, consignándolos en poder de comisionistas; peligro ese que se evitaría en muchos casos mediante la exigencia del envío de una plaza a otra. Tal requisito tendría por objeto, pues, evitar actos de fraude de los deudores.

Esta explicación no parece satisfactoria, porque lo particular que el Código ofrece en este caso no es tanto la negativa del derecho de retención al comisionista cuando no ha habido remisión de una plaza a otra, ya que faltando ese requisito le reconoce un derecho de prenda sobre las mercaderías consignadas, sino la naturaleza extraordinaria del privilegio acordado al acreedor retencionario.

Según el artículo 2.476 del Código Civil, si sobre una misma cosa recaen créditos de la primera clase y de la segunda, éstos preferirán a aquéllos de manera que sobre el valor de la cosa empeñada se pagará preferentemente el acreedor prendario y el privilegio de primera clase sólo surtirá efectos en cuanto al déficit y sobre los demás bienes, en cuyo caso se pagarán primero los créditos de primera clase que los de segunda.

Ahora bien, si, como resulta de las disposiciones que hemos analizado, el derecho de retención del comisionista está por encima del derecho de prenda, significa esto que el acreedor retencionario se pagará sobre la cosa retenida con preferencia a todo otro acreedor.

La solución del Código es exagerada; el privilegio de primera clase reconocida a ciertos créditos, está fundado en un principio superior de orden social, que está por encima de los intereses particulares. Basta leer el artículo 2.472 el Código Civil para adquirir este convencimiento.

La solución a que llevan las disposiciones del Código de Comercio relativas al derecho de retención del comisionista, han sido modificadas por leyes posteriores en lo referente al orden de prelación o privilegio afecto al acreedor retencionario. El Código de Procedimiento Civil se ocupó, en efecto, de regular el ejercicio del derecho legal de retención y sus efectos. En cuanto al primer punto, dispuso que, para que tal derecho produzca efectos legales, es necesario que sea declarado judicialmente (artículo 545 C.P.C.). esta declaración podrá obtenerse incluso después de producida la quiebra del deudor (Ley de Quiebra, artículo 71).

En cuanto al segundo punto, el C.P.C. puso fin a todas las discusiones sobre los efectos del derecho legal de retención disponiendo que, declarado por sentencia ejecutoriada, importará tener los bienes retenidos como hipotecados

o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de preferencia a favor de los créditos que garantizan (artículo 546).

Así, pues, no hay hoy día diferencia entre el supuesto del artículo 284 del Código de Comercio, y el del artículo 289 del mismo, porque en uno como en otro caso, y en general, en todos aquéllos análogos, los bienes retenidos se considerarán como constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia de pago del acreedor retencionario, esto es, serán considerados tales créditos como de la segunda clase (Igual solución en la Ley de Quiebras).

Según ya dijimos, el privilegio de pago que corresponde al acreedor retencionario tiene un objeto nacido de la misma relación jurídica que puso la cosa retenida a disposición del retencionario, de manera que si el crédito procede de otra relación, no tendrá lugar tal derecho. Un ejemplo servirá para aclarar la explicación: Pedro, comisionista de Juan, es acreedor de éste por el salario de una comisión ya evacuada, y recibe en virtud de un nuevo encargo, mercaderías de Juan. No podrá ejercitar sobre ellas derecho legal de retención para asegurar el pago de su primer crédito.

Pero, si Juan le envía le mercaderías, de una plaza a otra, para que las tome en prenda de un préstamo o anticipo, también se dará en ese supuesto un caso de derecho legal de retención, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 288 del Código de Comercio.

Resuelto ya por el C.P.C. que el privilegio del acreedor retencionario de cosas muebles es el mismo que el del acreedor prendario, la norma del artículo 288 carece de utilidad práctica. Sólo observaremos, para evitar un equívoco, que la remisión de la mercadería de una plaza a otra no se exige como requisito para la válida constitución de la prenda, que se perfeccionará conforme a normas que más adelante estudiaremos, sino como elemento necesario para que pueda ejercitarse el derecho legal de retención.

21.- REGLAS ESPECIALES A CADA CASO DE COMISION.-

Después de dar las normas comunes a la institución que estudiamos, el Código se ocupa de regular las especies particulares de comisión y trata así, sucesivamente, de la comisión para comprar, de la comisión para vender y de la comisión para transporte. Parte considerable de esas reglas no son otra cosa que aplicaciones específicas de las normas generales que el Código en un afán desmedido de reglamentación, volvió a repetir.

22.- AUXILIARES INDEPENDIENTES. INTERMEDIARIOS O MANDATARIOS.

Como ya se expresara, los agentes auxiliares de la empresa comercial pueden ser de dos clases: los que colaboran en calidad de dependientes y aquellas

personas que prestan su colaboración en el carácter de personas independientes, que generalmente prestan su mediación asalariada para la conclusión de contratos mercantiles, pero que en otros casos revisten el carácter de mandatarios del comerciante.

Nuestra legislación comercial trata de los corredores, los agentes de negocios, los martilleros y los comisionistas.

23.- LOS CORREDORES EN GENERAL.-

El artículo 48 del Código de Comercio señala que los corredores son oficiales públicos instituidos por la ley para dispensar su mediación asalariada a los comerciantes, y para facilitarle la conclusión de sus contratos.

Según el tenor de esta definición los corredores tendrían la calidad de funcionarios públicos, nombrados por el Presidente de la República, pero la realidad no es así, porque los corredores carecen de nombramiento. Lo que ocurre es que el Código de Comercio, creó un sistema de corretaje público que no ha funcionado nunca en esa calidad, sino al amparo del artículo 80, que dejó abierta la posibilidad para que existan corredores privados, que no requieren nombramiento público, y por lo tanto, no tienen el carácter de oficiales públicos.

Conforme a la definición legal, la función primordial de los corredores es intermediar, vale decir, acercar a las partes para que éstas convengan en efectuar negocios.

Esta mediación es siempre asalariada y no se limita a contactar a las partes, sino que está constituida por todos los actos relativos a la preparación, ajuste y celebración del contrato de que se trate

Los actos de corretaje son mercantiles en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º, N°11, y son comerciantes quienes ejercen la actividad de corredor.

24.- CORREDORES PRIVADOS.-

Según lo dispone el artículo 80, los corredores privados cumplen el mismo papel y con las mismas facultades y obligaciones que los corredores públicos, de modo que prestan su mediación en general en los negocios que interesan a los comerciantes. La mediación que efectúan los corredores de comercio se refiere precisamente a los actos de comercio y debe ser prestada a los comerciantes, según lo disponen los artículos 7 y 48 del Código de Comercio.

Como en la práctica no existen corredores públicos que reguló el Código de Comercio, sólo se le aplican a los corredores privados las disposiciones que se refieren a aquellos en relación con la esencia de sus funciones que prestan, según lo ha reconocido en forma unánime la doctrina y la jurisprudencia.

Atendido su carácter de intermediarios, los corredores no quedan personalmente obligados al contrato cuya conclusión o celebración facilitan, ni a garantizar la solvencia de sus clientes, según dispone el artículo 65 del Código de Comercio, por lo que el corredor no puede demandar el cumplimiento de las obligaciones del contrato ni hacer efectivos los derechos que de él emanan, según lo contemplado en el artículo 75.

Sin embargo, si el corredor tiene a la vez la calidad de comisionista, es decir, de mandatario, queda sujeto a todas las obligaciones y puede ejercer todos los derechos que nazcan del contrato para el comitente.

En cuanto a las prohibiciones a que están afectos los corredores, puede decirse, en general, que no están autorizados para ejecutar las operaciones mercantiles por su cuenta o tomar interés en ellas bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente, lo cual constituye una protección contra la competencia desleal (artículos 57 y 58).

25.- CORREDORES DE BOLSA Y AGENTES DE VALORES.-

En general son intermediarios de valores las personas naturales o jurídicas que se dedican a las operaciones de corretaje de valores (art.24 Ley 18.045).

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.

Aún cuando, por costumbre, a este tipo de corredores se les califica como intermediarios, en realidad tradicionalmente y en la práctica, son y han sido verdaderos comisionistas, es decir, mandatarios, pues representan a las partes que les encomiendan negociaciones en bolsas y contratan en nombre propio, pero para su clientela.

No obstante, en la actualidad, la ley que los rige los autoriza a dedicarse también a la compra o venta de valores por cuenta propia, pero cuando lo hagan, deberán informar de tal circunstancia a las personas con las que contraten.

En todo caso, la ley les prohíbe adquirir valores que se les haya ordenado enajenar, ni enajenar de los suyos a quien les ordenó adquirir, salvo autorización expresa de su cliente.

La función de estos corredores consiste en comprar y vender acciones, efectos de comercio, bonos, moneda extranjera y oro en las bolsas de valores existentes en el país.

Están sujetos a la supervigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), organismo que debe pronunciarse sobre las solicitudes de inscripción en el Registro de Corredores de Bolsa y Agente de Valores que éste lleva (Ley 18.045). Además deben cumplir con una serie de requisitos, como márgenes de endeudamiento y otras condiciones de liquidez y solvencia patrimonial;

constituir garantía para asegurar el correcto y cabal cumplimiento de todas sus obligaciones como intermediarios de valores; etc. etc.

26.- CORREDORES DE PROPIEDADES.-

En la doctrina nacional se plantea la duda respecto a si los corredores de propiedades son o no son comerciantes y si los actos que realizan son o no actos de comercio sujetos a las normas del Código.

Por regla general la doctrina se pronuncia por la negativa, sosteniendo su posición en que realizan negocios relativos a inmuebles, lo que, bajo las disposiciones del Código de Comercio, están excluidos de la mercantilidad y porque su intermediación se realiza ordinariamente entre particulares.

Otra parte de la doctrina sostiene que los corredores de propiedades ejercen el corretaje, que, según el artículo 3° N° 11, es una actividad mercantil, sin que ella quede restringida a los corredores regulados por el Código de Comercio, porque tal disposición habla en términos generales sobre todo tipo o especie de corretaje.

27.- CORREDORES DE SEGUROS.-

Los corredores de seguros son auxiliares del comercio de seguros que deben asesorar a la persona que desea contratar un seguro por su intermedio, ofreciéndole las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses, ilustrándola sobre las condiciones del contrato, debiendo asistirle durante toda la vigencia y al momento de producirse el siniestro. Deben también asesorar a la compañía aseguradora verificando la identidad de los contratantes, la existencia de los bienes asegurables e información que posean del riesgo propuesto (art.57 del FFL 251).

Se trata de típicos corredores mercantiles, toda vez que realizan actos de intermediación, calificados como tales por el artículo 3° del Código de Comercio.

Para desempeñar su función deben previamente inscribirse en el Registro que lleva la SVS.

28.- LOS MARTILLEROS.-

Son martilleros las personas naturales o jurídicas inscritas en un registro en conformidad a la ley, autorizadas para vender públicamente al mejor postor toda clase de bienes corporales muebles, según lo dispone el artículo 1° de la Ley N° 18.118, de 22 de mayo de 1992, que regula esta actividad.

Las actividades que desarrollan los martilleros tienen la naturaleza jurídica de una comisión, puesto que son mandatarios de la persona que encarga la venta de las mercaderías o especies muebles en remate.

Por lo tanto, no son intermediarios, pero sí auxiliares de comercio independientes, que desarrollan una actividad netamente mercantil porque así está catalogada por el artículo 3°N°7 del C.de C.

Podrán ejercer sus funciones tan sólo cuando se encuentren inscritos en un Registro Nacional de Martilleros que lleva la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, la que otorgará al efecto un certificado que así lo acredite. Asimismo, corresponde a este organismo público fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones legales de los martilleros.

Respecto de los remates de especies muebles que realicen los martilleros que designe el juez de la causa, deberán además estar inscritos en un registro especial que lleva la Corte de Apelaciones.

29.-AGENCIAS Y AGENTES DE NEGOCIOS.-

El Código de Comercio no define la agencia de negocios; sólo hace mención de ella en el artículo 3°N°7, y por su naturaleza no corresponde, en especial, a ninguna forma de mandato. Los agentes de negocios prestan servicios a varias personas a la vez, servicios tales como corredurías, contrataciones de préstamos, de aviso, colocaciones de créditos, administración de bienes, etc.

Como se ve, existe una gran similitud entre la figura del agente de negocios y el corredor y también, en algunos casos, con el comisionista, al punto de que en muchos casos será muy difícil trazar con claridad una línea que los separe o distinga. Sólo el análisis caso a caso permitirá comprobar si estamos frente a un agente o a un corredor.

Los principales ejemplos de agencia son los siguientes: agencias de publicidad, de empleo o colocaciones (v.gr. cazadores de talentos head hunters); agencias de avisos; de boletos de loterías, de informaciones comerciales, marítimas, etc.

Cuarta parte

DE LOS TITULOS VALORES O TITULOS DE CREDITO

1.- Generalidades.-

Los títulos de crédito o títulos valores son una creación propia del derecho mercantil, de enorme trascendencia en el mundo de los negocios y la vida diaria de las personas. Al respecto, Ferri dice que “los títulos de crédito constituyen el instrumento eficaz y perfecto de movilización de la riqueza y de circulación de los créditos y, como tales, encuentran general aplicación en el campo de las relaciones privadas, asumiendo cada vez mayor importancia”.

Los títulos de crédito presentan frente a todos los mecanismos tradicionales una serie de **ventajas**, principalmente podemos señalar las siguientes:

- a) **Certeza en la existencia del crédito al tiempo de la adquisición del título.** Las obligaciones constan en el título muy claras y simplemente expresadas. De manera que a quien se le transfiere el crédito instrumentalizado debe tener la evidencia de que el crédito existe de acuerdo con el sistema normativo.
- b) **Rapidez en la ejecución de los actos que se necesitan para la circulación del crédito.** La emisión de los títulos de crédito es mucho más sencilla que la celebración de contratos formales y ni siquiera las personas se juntan porque nacen de actos unilaterales.
- c) **Seguridad en la ejecución final del título.** La persona que recibe el título tiene la certidumbre de que el crédito documentado permanece inalterable luego de las sucesivas transferencias

La denominación “títulos de créditos”, que era la tradicional, no es hoy día de uso uniforme en la doctrina. También está siendo utilizada la expresión “**títulos valores**”, señalándose que esta última abarca títulos que, sin estar comprendidos en la expresión “de créditos”, también responden a las características generales de los institutos sobre los cuales trata.

Se ha sostenido que la expresión “títulos valores” tiene el defecto de comprender títulos que exceden los límites del tema, proponiéndose, a cambio, la denominación “títulos circulatorios”. La denominación tradicional es la de “títulos de crédito”, pero poco a poco ha ido extendiéndose el uso de la expresión “títulos valores”. En estos apuntes utilizaremos indistintamente ambas denominaciones.

2.- Antecedentes históricos.

Los requerimientos que exigía la evolución de la actividad mercantil fueron los que exigieron la creación de un nuevo sistema, los títulos de crédito, que aparecen en la historia justamente cuando los mecanismos contemplados en el derecho común que se utilizaban para la circulación resultaron insuficientes para llenar las necesidades de mayor rapidez, facilidad, certeza y seguridad que exige las actividades económicas.

Para estudiar los antecedentes históricos de los títulos de crédito o títulos valores es indispensable referirse a su exponente más característico y antiguo: la letra de cambio.

Con anterioridad a su existencia, la circulación de los derechos se realizaba mediante la cesión de créditos, cuyas características esenciales son que el acreedor cedente responde sólo de la existencia y legitimidad del crédito; que para surtir efectos respecto del deudor cedido es necesario notificarle a éste la transferencia del título y, por último, que el crédito arrastra los posibles defectos, vicios y limitaciones que se hayan ido acumulando en cada una de las transferencias.

En otras palabras “se acumulan las excepciones, lo que conspira en contra la rapidez, certeza y seguridad que exige la circulación”.

Otro instituto que se utilizaba con fines circulatorios antes del nacimiento de los títulos de crédito era la delegación. En esta figura el delegante, deudor primitivo, es reemplazado por el delegado, nuevo deudor respecto del delegatario, que es el acreedor de la deuda. Este mecanismo presenta dos variantes, según que el acreedor delegatario acepte expresamente la sustitución del deudor, liberando al deudor primitivo de su obligación, caso en el cual estamos en presencia de la delegación perfecta o novación; en cambio, en la delegación imperfecta el acreedor delegatario no libera al deudor primitivo, quedando subsistente la obligación originaria entre ambos, constituyéndose el deudor delegado en un nuevo deudor junto al anterior. En el fondo no es otra cosa que una cesión de deuda.

Ni la cesión de crédito ni la delegación cumplen adecuadamente con las exigencias de la circulación, por lo que como respuesta surgió la letra de cambio.

No ha podido establecerse con precisión el origen de la letra de cambio. Algunos autores expresan que en India y China habrían vestigios de documentos semejantes a la letra de cambio.

Otros afirman que el uso de letras de cambio se extendió rápidamente entre las ciudades marítimas y que fue conocida en Grecia. También parece comprobado que fue conocida entre los romanos.

La letra de cambio en su forma actual, según los tratadistas franceses, fue inventada por los judíos expulsados primero de España y luego de Francia. Se dice que ellos entregaban a los viajeros y mercaderes extranjeros cartas

enviadas a las personas a quienes habían confiado sus bienes, ordenándoles la entrega de los dineros que habían dejado en depósito.

Por su parte, los autores italianos señalan que los güelfos, expulsados de Florencia por los gibelinos, emplearon la letra de cambio para efectuar el traslado de sus bienes, impidiendo que sus enemigos se apropiaran de ellos.

Sea cual sea su origen histórico, lo cierto es que la letra de cambio aparece, primeramente, como medio de realizar el transporte de moneda de una plaza a otra y ligada al contrato de cambio.

Poco a poco, y por su uso generalizado en las ferias, la letra de cambio pasó a ser título de crédito, llegando a ser éste su carácter esencial, debido a la introducción del "endoso". La letra pasó a ser una mercancía que reemplazó la moneda de oro o plata. Al mismo tiempo se impedía la salida de estos metales valiosos del territorio de los Estados.

La Ordenanza Francesa de 1673 codificó la Legislación Mercantil y se ocupó de la letra de cambio.

Posteriormente, en nuestro ámbito histórico, las Ordenanzas de Bilbao (1737) dedican sus capítulos a las letras de cambio en el que se contiene una acabada reglamentación de dicho documento. Muchas de sus disposiciones son casi idénticas a las que posteriormente contemplaría nuestro Código de Comercio.

El origen de la Teoría General de los Títulos de Crédito fue, sin duda, la aplicación y desarrollo de la letra de cambio, que motivó estudios doctrinarios y elaboración de normas legales. La letra de cambio conjugaba adecuadamente el aspecto teórico con el aspecto práctico de su funcionamiento en el tráfico comercial y bancario. Pero para los franceses, cuyas concepciones jurídicas predominaban sin contrapeso hasta el siglo XIX, no se concebía la existencia de un deudor sin que frente a él no se situara correlativamente un acreedor por contrato.

Por su parte, los alemanes, encabezados por Einert, se separaron de la doctrina que ligaba a la letra con el contrato de cambio y plantearon, por vez primera, la posibilidad de que una persona se obligara por una declaración unilateral, sin que compareciera necesariamente al acto otra persona en calidad de acreedor. Desde ese momento estaban sentadas las bases para el surgimiento de los títulos de crédito tal como los conocemos hoy en día. Las ideas de Einert fueron acogidas en la Ley de Cambio de 1848, convertida en Ley del Imperio Alemán en 1869.

El contrato de cambio, se encuentra definido en nuestro derecho en el artículo 620 del Código de Comercio: "Contrato de cambio es una convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte o a su cesionario legal cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención".

La doctrina de Einet, también fue recogida por nuestro legislador al dictar la Ley 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés, en que también se separó el contrato de cambio con la letra de cambio.

El artículo 621, hoy modificado, establecía que el contrato de cambio se ejecutaba por la entrega de un documento de crédito llamado **letra de cambio**.

Pero fue el profesor italiano **Cesare Vivante** el creador de la **Teoría General de los Títulos de Crédito** contenida en su “Tratado de Derecho Comercial”, editado por primera vez en 1896, siguiendo las siguientes pautas:

a) extrajo los caracteres esenciales de la letra de cambio, que eran comunes a todos los títulos de crédito;

b) separó los elementos constitutivos de la letra de cambio como título de crédito de aquellos otros caracteres que le daban el rango de papel de comercio;

c) distinguió de los títulos de crédito aquellos documentos que no contaban con los caracteres esenciales y que eran simplemente documentos probatorios, **d)** describió su forma de circulación según las diversas clases de títulos de crédito: nominativo, a la orden o al portador.

3.- Concepto.-

El tratadista italiano Cesare Vivante, creador de la Teoría General de los Títulos de Crédito los define los títulos de crédito señalando que son **“documentos que llevan incorporado un derecho literal y autónomo que en se puede ejercer por el portador legítimo contra el deudor a la fecha de su vencimiento”**.

Agrega Vivante que el documento (que da cuenta) de un crédito adquiere el carácter jurídico de título de crédito solamente cuando por su disciplina sea necesario para transferir o exigir el derecho literal y autónomo que en él está mencionado.

El derecho que consta del título es un derecho literal, porque su medida y su contenido están determinados por el preciso tenor del título; y es un derecho autónomo, porque todo poseedor lo ejerce como si fuera un derecho originario nacido en el por primera vez, desde que en contra de tal derecho no pueden hacerse valer las excepciones que eran oponibles a los poseedores precedentes.

Con posterioridad han surgido otras definiciones más completas, que intentan reflejar en ella todas las principales particularidades de estos instrumentos. Así, podemos citar, por ejemplo, la siguiente:

“Título de crédito es el documento que da cuenta de un derecho literal destinado a la circulación e idóneo para conferir de un modo autónomo la

titularidad del derecho al propietario del documento y la legitimación para el ejercicio del derecho al poseedor regular del documento”

4.- Naturaleza jurídica de los títulos de crédito.

En cuanto a su naturaleza (o género próximo, según la concepción aristotélica), podemos apuntar dos ideas:

a) En primer lugar los títulos valores son una **cosa mueble**, debido a su materialidad, un papel, que como tal puede ser objeto de todas las relaciones que caben respecto a los bienes, a saber, tenencia, posesión, propiedad, usufructo, y pueden reivindicarse como lo reconoce la Ley de Quiebras.

Materialmente el título de crédito **es un documento**, un instrumento escrito en el que se ha incorporado, en el carácter de constitutiva, una declaración unilateral de voluntad con contenido económico, a la que con posteriormente pueden irse incorporando otras.

El documento es necesario para dar origen al derecho, para su conservación y disposición. Sin él no es posible hacer efectivo el derecho contra el obligado, ni transmitirlo o a un tercero, ni darlo en garantía.

Al respecto hay que agregar que el valor del documento, en el caso de los títulos valores, no es únicamente probatorio, sino, además, el documento juega en ellos un rol económico, porque los derechos no nacen si la voluntad del obligado no se expresa según las formas previstas para el otorgamiento del título y esos derechos tienen contenido económico.

b) Desde el punto de vista jurídico, como fuente de las obligaciones, el título de crédito no es una convención, sino es un **acto jurídico**, es decir una declaración unilateral de voluntad, que da nacimiento a una obligación inicial, a la que posteriormente pueden irse agregando otras.

Son **unilaterales**, porque basta la sola firma de la persona que se obliga para que el acto cambiario adquiera valor. Entonces, no son convenciones.

Esta declaración unilateral de voluntad es incondicionada, esto es, no está sujeta a contraprestación, es irrevocable y vinculante. Por todos estos atributos se presenta como una fuente de obligaciones alternativa, creada por el Derecho Mercantil y cuyo uso se extiende a todo el ámbito de la sociedad.

Finalmente, digamos que jamás, aunque en un título valor haya varias personas obligadas, esto va a ser producto o resultado de una convención: en el título valor cada obligación nace como consecuencia de un acto unilateral de voluntad.

Así, por ejemplo, la aceptación de una letra de cambio, el endoso y el aval, nacen jurídicamente por un acto unilateral del aceptante, el endosante o el avalista, y cada uno de ellos se obliga independientemente el uno del otro.

5.- Características de los títulos de crédito.

De la definición de los Títulos de Crédito podemos establecer sus características más salientes y comunes de todos los títulos de créditos que son: la necesariedad, la literalidad y la autonomía. Hay otras que se aplican sólo a algunos de ellos y son la abstracción y la formalidad. Nos referimos a ellas a continuación.

a) La necesidad:

Esta característica, llamada por algunos autores (entre ellos Ferri y Vivante) como “**incorporación**”, consiste en la compenetración del derecho en el documento de modo que para ejercer el derecho que surge del título es necesaria, imprescindible, su tenencia, exhibición o entrega.

Consagración de este principio, lo encontramos en el Código Suizo de las Obligaciones al disponer (artículo 966) que aquél cuya deuda está incorporada a un papel no tiene la obligación de pagar, sino contra la entrega del título.

La incorporación del derecho al papel en el que conste el título da origen al término “cartular” con el que se acostumbra a designar tanto a los derechos que surgen de los títulos valores como a las normas jurídicas integrantes del derecho que los regula.

El principio de necesidad tiene un **fundamento directo** en la idea de la incorporación del derecho al documento, según la cual ambos aparecen como inseparables.

Sin embargo, el simple hecho de que un derecho de carácter privado se documente en un título, no es suficiente para que podamos decir ya que estamos en presencia de un título valor, puesto que esto ocurre en el caso típico en el reconocimiento de deuda y nadie lo considera un título valor.

b) La literalidad.- Los títulos de crédito se caracterizan, además, por ser documentos literales, en el sentido que su contenido, extensión y modalidades del título de crédito o título valor, dependen exclusivamente del tenor literal del título.

El concepto de literalidad tiene su origen en el derecho romano, donde se aplicaba a los llamados “contratos literas”, en los cuales la causa eficiente de la obligación consistía en la literalidad, en su texto escrito..

En virtud de esta característica de literalidad, se producen varios efectos. Así, por ejemplo, el acreedor no puede exigir ni percibir más de lo expresado en el título; el deudor no puede valerse de elementos jurídicos extraños que no esté literalizados en el documento;

c) Autonomía.- El carácter autónomo de un título de crédito se explica porque el titular del mismo no adquiere en forma originaria, es decir, su derecho no deriva del tridente, sino que nace nuevo en el adquirente al recibir el documento según la ley de circulación. El nuevo titular no es sucesor del sujeto que le transfirió el título de crédito, sino que lo adquirió en forma originaria.

El portador legítimo toma la calidad de titular originario del título de crédito y de todos los derechos incorporados en éste, de forma tal que ejerce un derecho propio, distinto e independiente de las relaciones jurídicas existentes entre los anteriores poseedores del título y el deudor.

La principal consecuencia de este principio radica en que durante la circulación del documento con el derecho incorporado, no sobreviene una acumulación de vicios o defectos que pudieran ser gestados en cada transferencia, dando fundamento a excepciones de carácter personal.

d) Abstractos.- El título de crédito tiene la calidad jurídica de abstracto en atención a que el negocio que sirvió de base para su libramiento no es mencionado en él y su contenido está reducido a la pura obligación de pagar una suma de dinero. El negocio causal para a ser irrelevante en orden a exigir el cumplimiento del derecho incorporado en el título.

Ello no quiere decir que dichos actos se ejecuten, es decir, que surjan a la vida jurídica sin motivo de ninguna especie, porque eso no existe en derecho; siempre hay una negociación, una razón de tipo económico que ha inducido a una o varias personas a celebrar el contrato o en este caso crear una obligación título de valor, pero lo que ocurre es que en los títulos de valores dichos actos se independizan de la relación causal, de ese motivo originario, en términos de que tienen valor por el solo hecho de ser tales y las personas que adquieren los derechos correspondientes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones correlativas con absoluta independencia de cuales hayan sido esos motivos originarios.

La consecuencia más importante de la independencia y la abstracción de los actos cambiarios es el principio general de la inoponibilidad que los favorece.

En efecto, las acciones que emanan directamente del título valor tienen, además, la ventaja de que en contra de ellas el deudor que se obligó en el título no va a poder oponer las excepciones que surjan del negocio causal, sino que solamente las excepciones reales que surgen del título valor o de las personales que tenga contra el acreedor. Este principio se reconoce con el nombre de **principio de la inoponibilidad de excepciones**.

Lo que ocurre es que cualquiera sea la forma cambiaria en que el portador haya adquirido el título, cuando lo presenta para que se lo paguen ejerce un derecho originario, propio, independiente de las relaciones jurídicas que hayan existido entre el deudor y los anteriores poseedores del documento.

e) Formalidad.- A su vez, los títulos de crédito abstractos comparten la característica de la **formalidad**, en cuanto a que las relaciones que surgen de ellos quedan determinadas por su sentido literal, sometidos, pues, al cumplimiento de ciertos requisitos formales. Este es el caso de los efectos de comercio o títulos de pago, como son la letra, el pagaré y el cheque. Dice el artículo 2° de la Ley 18.092, para que la letra de cambio valga como tal debe contener las enunciaciones indicadas en el artículo 1° de este cuerpo legal

6.- La legitimación en los títulos de crédito.

Un concepto que deriva de la naturaleza caratular del título es el de la legitimación del tenedor del mismo. Se trata de determinar quien está habilitado para ejercer los derechos activos que de él emanan y, por su parte, en beneficio de quién tienen que cumplir las prestaciones correspondientes, los respectivos obligados.

El tenedor de un título de crédito está legitimado cuando se encuentra habilitado para el ejercicio de los derechos que surgen del documento. Lo estará en la medida en que haya obtenido el título conforme a las normas de circulación que rigen al título. El art. 26 de la Ley 18.092, dice que “el tenedor de una letra de cambio se considera portador legítimo si justifica su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aunque el último esté en blanco”.

La legitimación tiene un aspecto activo y otro pasivo.

Desde el punto de vista activo, la legitimación consiste en que es el tenedor legitimado quien puede válidamente exigir el pago al deudor; desde el punto de vista pasivo es el tenedor legitimado al único a quien el deudor puede efectuarle válidamente el pago.

7.- Clasificación de los títulos de crédito.

I.- La primera clasificación de los títulos de crédito o títulos valores, es la que se hace atendiendo a su contenido, y en virtud de ella se distingue entre títulos de pago, llamados también efectos de comercio, títulos representativos de mercadería y títulos de participación social o valores mobiliarios.

a) Títulos de pago o efectos de comercio.- Se denominan títulos de pago o efectos de comercio aquéllos en los que consta la obligación de pagar una suma de dinero. En esta categoría se incluyen aquéllos que son más comunes, la letra de cambio, el pagaré, el cheque y en otros países las cartas órdenes de crédito y las libranzas.

b) Títulos representativos de mercaderías.- Si el título de crédito da cuenta de un derecho de propiedad sobre bienes muebles, en particular mercaderías, que admite la transmisión del dominio de ellos por la transferencia del título, estamos en presencia de la segunda categoría que son los títulos representativos de mercaderías.

Los más conocidos de los títulos representativos de mercaderías son dos:

En primer lugar los testimonios escritos de las diversas variedades del contrato de transporte, que si se trata de transporte terrestre se llama carta de porte, si se trata de transporte marítimo se llama conocimiento de embarque, y si se trata de transporte aéreo se llama guía aérea o carta de porte aérea. Todos los tipos de testimonio del contrato de transporte de mercaderías tienen la particular característica, y por eso es que son títulos valores, de que la persona que aparece como dueño de la mercadería en ese documento puede transferir el dominio sobre ella mediante la transferencia del documento.

Así, si yo tengo una partida de mil quintales de trigo que vienen de Argentina a Chile, puedo transferir la propiedad de dicho trigo transfiriendo el documento que da cuenta del transporte.

El segundo tipo de títulos valores representativos de mercaderías está constituido por los llamados certificados o vales de depósito que emanan del negocio de los warrants. El negocio de warrants es una actividad comercial que consiste en un sistema legalmente regulado de depósito de mercaderías en instituciones profesionales dedicadas a esa actividad y controlada por la Superintendencia de Bancos. El depósito de tales mercaderías, llamado almacenaje o depósito warrants, se acredita mediante un documento que emite el almacenista, que es el dueño del Almacén General de Depósito Warrants, llamado certificado o vale de depósito. Una vez más, el titular de ese vale puede transferir el dominio sobre la mercadería transfiriendo el documento.

c) Títulos de participación social o valores mobiliarios.- Por último los títulos valores pueden contener un conjunto de derechos de diversa naturaleza, o de naturaleza mixta, como es el caso de la calidad de socio de la entidad que los emite o de acreedor de la misma. En este caso estamos en presencia de los títulos de participación social o valores mobiliarios.

El título de participación social por excelencia es la acción de una sociedad anónima y los valores mobiliarios más comunes son los títulos emitidos para

dar cuenta de una obligación de dar una suma de dinero, que emanan de la emisión de títulos representativos de la deuda privada o pública. En esta citación están los bonos, los debentures o pagarés emitidos por sociedades anónimas privadas inscritas en el registro de valores, como bancos comerciales, Tesorería General de la República, Banco Central de Chile, etc. Estos bonos, pagarés y debentures representan deuda, es decir, una cantidad de dinero que estas instituciones han captado de los ahorrantes e inversionistas y que ellos deben pagar con intereses.

II.- La segunda clasificación de los títulos valores es aquella que los ordena según si se trata de instrumentos al portador, a la orden o nominativos.

- a) **Los títulos al portador** son aquéllos que se pagan a quien los presente al cobro y se transfieren mediante su mera tradición manual o entrega física.
- b) **Títulos a la orden** son aquéllos que están emitidos a favor de una persona, pero que ésta puede transferirlos mediante un acto jurídico llamado endoso, que puede ser nominado o abierto (este último, conocido también como endoso en blanco).
- c) **Títulos nominativos** son aquéllos que están extendidos única y exclusivamente a favor de una persona y que no admiten transferencia mediante endoso. Sin embargo, ello no impide su transferencia, sino que obliga a hacerla mediante el mecanismo de la cesión de derechos, regulada tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio.

III.- Tercera clasificación de los títulos valores es la que distingue entre títulos públicos y privados; comerciales y civiles. Esta clasificación está estructurada sobre la base de examinar quién es la persona que emite el respectivo título de dominio.

a) **Títulos valores públicos** son aquéllos emitidos por el **Estado** y por las entidades, establecimientos y empresas públicas directa o indirectamente relacionadas con éste. Por ejemplo, pagarés de la Tesorería General de la República; pagarés emitidos por el banco Central de Chile.

b) **Títulos de crédito privado**, en cambio, son aquellos emitidos por los particulares. Ejemplo, bonos emitidos por ENDESA

Como decíamos, esta clasificación admite una subclasificación que distingue entre títulos de crédito o títulos valores **civiles** o **comerciales**, atendiendo a la relación jurídica que les dio origen. Por lo tanto, si la relación jurídica que le dio origen es una relación jurídica de carácter civil, estaremos en presencia de un título valor civil, y si la relación jurídica que le dio origen es de naturaleza mercantil estaremos en presencia de un documento comercial. Esta clasificación resulta en la práctica de aplicación limitada, porque, de acuerdo al artículo 3 N.10 del Código de Comercio, todas las operaciones sobre letras de cambio, pagarés, cheques y sobre documentos a la orden son comerciales, cualquiera sea su causa y objeto o las personas que ellas intervengan. Como

ésta es una mercantilidad de tipo formal, porque atiende exclusivamente a la existencia de un documento que tenga tales atributos, “cualesquiera que sean las personas que intervengan”, la clasificación de títulos de crédito en civiles y comerciales resulta extremadamente limitada. La regla general será, entonces, que los títulos de crédito sean mercantiles.

IV.- Cuarta clasificación.- También se **clasifica** a los títulos en unitarios y múltiples, agrupación o clasificación que se hace teniendo en cuenta la posibilidad de que el documento se fracciones o divida. Por regla general, los títulos valores o títulos de crédito son títulos **unitarios**. Resulta absurdo pensar en cortar un cheque o una letra de cambio y que cada fracción tenga un valor separado. Sin embargo, existen títulos múltiples o **fraccionables**, como es el caso de bonos y en general los títulos representativos de la deuda pública emitidos por el Estado, la Tesorería General de la República o el Banco Central de Chile, y desde luego las acciones de las sociedades en comanditas que se dividen en acciones (art. 492 del C.de C.).

V.- Última clasificación.- Por último los títulos valores se clasifican en **causados y no causados o abstractos**. Por naturaleza son abstractos o no causados los efectos de comercio, es decir, la letra, el pagaré y el cheque. En cambio, por naturaleza son causados todos los demás, en atención a que ellos se encuentran muy ligados a la relación que les ha dado origen. Así los conocimientos de embarque y otros testimonios del contrato de transporte se vinculan por esencia al contrato a cuya justificación (y al recibo de la mercadería) sirven; el certificado de depósito warrants al contrato de almacenaje warrants; los bonos y debentures al acto que acordó la emisión de este tipo de instrumentos de la deuda pública o privada, nacional y extranjera; en fin, el certificado de depósito a plazo, al mutuo de dinero efectuado por el ahorrante en la institución financiera.

8.- La cesión de los títulos valores.

Uno de los aspectos más importantes de los títulos valores en su cesibilidad, cuyo mecanismo depende de la naturaleza del título.

a) Cesión de los créditos nominativos.

Está tratada en los artículos 1.901 al 1.907 del Código Civil, reglas que rigen tanto para la cesión de los créditos civiles como mercantiles, conforme lo dispone el artículo 162 inciso primero del Código de Comercio.

Créditos nominativos son aquéllos en que indicándose el nombre del titular en el anverso, no llevan las cláusulas “a la orden” ni “al portador”. El legislador los denomina créditos no endosables, lo que en definitiva no impide su traspaso a terceros ajenos a la relación originaria, sino que lo sujeta a los trámites de un mecanismo formalmente regulado por el legislador: **la cesión de créditos**.

La cesión es jurídicamente una convención y su objeto es que mediante ella el acreedor en un título nominativo traspasa voluntariamente su crédito a otra persona, en virtud de cualquier título translaticio de dominio.

Como se dijo la cesión de créditos está regulada por el Título XV del Libro IV del Código Civil (artículos 1901 a 1907), y por el Título IV del Libro II del Código de Comercio (artículos 162 a 165).

Para efectuar la cesión de créditos nominativos se requiere, entonces, de título translaticio de dominio, que sirve de antecedente a la cesión, el que, en ningún caso, debe confundirse con el título de crédito mismo. Así se desprende del texto del artículo 1.901 del Código Civil, que dice “la cesión de un crédito personal **a cualquier título que se haga**”. En consecuencia, la cesión de crédito es una tradición, el modo de adquirir el dominio de éste.

Las personas que intervienen en la cesión son generalmente tres: “el cedente”, que es el que transfiere su crédito; “el cesionario”, que es la persona a cuyo favor se hace la transferencia; y “el deudor cedido”, que es el deudor del crédito.

En la cesión de créditos a la orden, cedente y cesionario se denominan endosante y endosatario, respectivamente.

La cesión de estos créditos **se perfecciona** entre cedente y cesionario por la entrega del título (art. 1901), el que llevará el traspaso anotado bajo la firma del cedente y con la indicación del cesionario (art. 1903); la entrega es la tradición del título conforme al artículo 699 del Código Civil. Respecto del deudor cedido, la cesión se perfecciona por la notificación a éste o su aceptación (art.1902).

La notificación debe hacerse exhibiendo el título que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.

La notificación, de acuerdo con el artículo 1902, debe hacerla el cesionario. Esta regla está modificada, respecto de los créditos mercantiles, por el inciso segundo del artículo 162 del Código de Comercio. Tratándose de estos créditos la notificación debe hacerse por un ministro de fe, con exhibición del respectivo título, para lo cual basta el simple requerimiento del cesionario. La notificación podrá hacerla un Notario o el Secretario del Tribunal dentro de éste o un Receptor fuera del Tribunal.

La otra forma de perfeccionamiento es la aceptación, que puede ser expresa o tácita.

La aceptación expresa es la que se hace en términos formales y explícitos concurriendo en el acto de cesión o manifestándolo en algún instrumento aparte.

La aceptación tácita consiste en un hecho que la suponga, como la contestación a la demanda del cesionario, un principio de pago a éste, etc., según lo dispuesto en los artículos 1904 y 1905 del C.C.

Los **efectos de la cesión** respecto al **traspaso de excepciones** son distintos según que se haya perfeccionado respecto del deudor cedido por notificación o aceptación.

Si ha mediado **aceptación** del deudor, ésta purga las excepciones personales que el deudor podía oponer al cedente; no podrá así oponer al cesionario la excepción de compensación que hubiera podido oponer al cedente (art.1859, inciso primero del Código Civil). Podrá, en todo caso, oponerle las excepciones reales, es decir, las que emanan del crédito mismo, como la nulidad, la falsedad, etc.

Si la cesión se ha perfeccionado por **notificación**, el deudor podrá oponer las excepciones reales, y además las personales que podía hacer valer en contra del cedente.

Estas últimas, que no resultan del título de crédito mismo, puede oponerlas en cualquier momento en conformidad al Código Civil, pero, tratándose de la cesión de créditos mercantiles, el Código de Comercio ha dispuesto que estas excepciones aparentes u ocultas deben hacerse presentes en el acto de la notificación o dentro del tercer día, a más tardar, so pena de que más adelante no serán admitidas (art.163, inciso primero). En todo caso, puede el deudor oponer al cesionario las excepciones personales que tenga contra suya (como, por ejemplo, el pago).

Por último, cabe recordar que, conforme al artículo 1909, la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas, pero no traspasa las excepciones (debe decir acciones) personales del cedente.

En cuanto a las **garantías de que responde el cedente** al cesionario, antes que nada debemos recordar que los autores distinguen dos clases de garantías de las que puede responder un cedente: la garantía de derecho y la garantía de hecho.

La **garantía de derecho** se refiere a la existencia del crédito y al dominio que de él tiene el cedente. La **garantía de hecho** tiene que ver con la responsabilidad del cedente por la solvencia presente y futura del deudor.

Explicado lo anterior, cabe señalar que tratándose de la cesión de crédito nominativos rige el artículo 1907, por lo que el cedente responde solo de la garantía de derecho y excepcionalmente de la de hecho, cuando así se ha estipulado.

b) Cesión de créditos a la orden.

El Código Civil no se ocupa de ella, remitiéndose en su artículo 1908 a las disposiciones del Código de Comercio.

Créditos a la orden son aquéllos que llevan el nombre del titular y la expresión “a la orden” precediendo al nombre del titular del crédito.

La cesión de un crédito a la orden **se perfecciona** entre cedente (endosante), cesionario (endosatario) y deudor cedido “erga omnes”, por medio del endoso.

El artículo 17 de la Ley 18.092 define el endoso diciendo que es “el escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda”. Hay entonces tres clases de endoso: traslativo de dominio, en comisión de cobranza y en garantía.

Las reglas legales sobre el endoso están contenidas en la Ley 18.092, sobre letras de cambio y pagarés, pero se aplican a cualesquiera otros títulos de créditos emitidos con la cláusula a la orden de, a favor de, a disposición de u otras equivalentes, según dispone la Ley 18.552.

El endoso que transfiere el dominio se llama traslativo de dominio, el que puede ser completo o en blanco. El endoso completo es el que contiene el lugar y fecha de su otorgamiento, el nombre del endosatario y la calidad del endoso, en su caso (art. 22 de la Ley 18.092). El endoso en blanco consiste en la sola firma del endosante (art. 23 Ley 18.092).

El endoso debe estamparse al dorso de la letra misma o de una hoja de prolongación adherida a ella, y debe ser firmado por el endosante (art.17 inciso segundo y tercero de la Ley 18092).

En cuanto al traspaso de excepciones, el deudor puede oponer al endosatario las excepciones reales y las personales que en contra suya tuviere, pero no las que tenía contra el endosante, pues el endoso purga estas excepciones. El art. 28 de la Ley 18.092 dice que la persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra.

Este es el principio conocido con el nombre de “principio de la inoponibilidad de excepciones”.

En cuanto a la **garantía de que responde el endosante** al endosatario, debemos señalar que el endosante responde de las garantías de derecho y las de hecho; más aún, el endosante responde solidariamente con los demás obligados al pago del documento (art.79 Ley 1092). Esta responsabilidad solidaria es de la naturaleza del endoso.

c) Cesión de créditos al portador.

Créditos al portador son aquéllos que no indican el nombre del titular, o, si lo hacen, llevan agregadas las palabras “o al portador”. Sus principales características son las siguientes:

El **perfeccionamiento** de la cesión se produce por la mera tradición manual, es decir, por la simple entrega del título (art. 154 del C. de C.).

En cuanto al **traspaso de excepciones**, el deudor no puede oponer otras excepciones que las que nazcan del título. Para comprender por qué no se traspasan las excepciones personales, basta recordar que puede no reconocerse la persona del cedente.

Finalmente, en cuanto a las **garantías de que responde el cedente al cesionario**, en la cesión de créditos al portador, el cedente responde únicamente de la garantía de derecho, es decir, de la existencia del crédito y del dominio que sobre el tiene el cedente.

LA LETRA DE CAMBIO Y EL PAGARE

1.- LEGISLACIÓN SOBRE LAS LETRAS DE CAMBIO Y PAGARÉS.

La letra de cambio junto con el pagaré y el cheque forman la trilogía de los títulos más importantes que constituyen los denominados “efectos de comercio”, que son aquellos instrumentos que dan cuenta de obligaciones de pagar una suma de dinero, regulados por la ley de tal forma que en la práctica comercial sirven para la circulación, en términos, si no equivalentes, al menos semejantes a la de la moneda misma.

Las normas sobre las letras de cambio y pagarés se encuentran contenidas en la Ley 18.092, la que derogó disposiciones del Código de Comercio sobre la materia.

2.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY 18.092.

- 1) Confiere a la letra de cambio la calidad de título de circulación autónoma, el que queda desligado de toda vinculación con relaciones preexistentes, es decir, del llamado “negocio causal” o “relación fundamental”.
- 2) Suprime la obligación del librador de proveer fondos al librado. Las relaciones entre ambos son extracambiarias, es decir, independientes de la letra.
- 3) Admite en forma expresa la inserción, en el título de la cláusula de reajuste y de interés sobre la cantidad librada.
- 4) La letra no necesita expresar su carácter de título a la orden, de manera que, aunque no lleve esa cláusula, es transferible por endoso, a menos que el librador inserte en ella las palabras “no endosable” u otra expresión equivalente.
- 5) Consagra el principio de la inoponibilidad de las excepciones que el deudor pudiera tener contra el endosante o los portadores anteriores.
- 6) Establece formalmente que el endoso en comisión de cobranza autoriza al endosatario para cobrar la letra por la vía judicial.
- 7) Cuando el aval está concebido sin limitaciones, el avalista responde del pago en los mismos términos que el aceptante. Como el perjuicio de la letra por la falta de protesto no favorece al aceptante, lo anterior significa que el avalista continuará respondiendo del pago de la letra perjudicada, a menos que aquél haya limitado su responsabilidad.
- 8) Admite los pagos parciales de la cantidad librada, en cuyo caso la letra puede protestarse por el saldo que queda insoluto.
- 9) Establece que la letra devenga intereses corrientes a contar de su vencimiento

- 10) Establece un sistema aplicable al extravío de la letra, en que todo el procedimiento destinado a su reconstitución queda entregado a los Tribunales de Justicia.
- 11) Acepta los pagarés con vencimientos sucesivos y en los que se establece que el pago se haga en cuotas.
- 12) Admite la posibilidad de que los pagarés se extiendan en forma nominativa, a la orden, o al portador.
- 13) Atribuye el carácter de actos de comercio a todas las operaciones sobre letras de cambio, pagarés, cheques y, además, documentos a la orden.
- 14) Crea una figura delictiva, sancionando al que, en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, tache de falsa una firma auténtica puesta en cualquier documento a la orden.
- 15) Establece que la tacha de falsedad de la firma opuesta por cualquiera de los obligados al pago de una letra de cambio, pagaré a la orden o cheque, en la preparatoria de la vía ejecutiva, se tramitará como incidente dentro del mismo procedimiento, a diferencia del sistema legislativo que imperaba anteriormente, que obligaba al demandante a accionar por la vía ordinaria en juicio separado.

3.- CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA LETRA DE CAMBIO.

La ley 18.092 no define la letra de cambio. Se la puede definir diciendo que es un título valor o de crédito mediante el cual una persona llamada librador da a otra, llamada librado, la orden no sujeta a condición de pagar al beneficiario designado, o a su orden, una cantidad determinada o determinable de dinero.

La letra de cambio debe llevar diferentes menciones que determina la ley. Estas pueden ser elementos esenciales, elementos de la naturaleza y elementos accidentales.

Elementos esenciales:

- 1) La indicación de ser letra de cambio escrita en el mismo idioma empleado en el título.
- 2) Fecha de la emisión (giro o libramiento);
- 3) Nombre y apellido de la persona a la que debe hacerse el pago:
- 4) La orden, no sujeta a condición, de pagar una suma de dinero determinada o determinable;
- 5) El nombre, apellido y domicilio del librado; y

6) La firma del librador

Elementos de la naturaleza.

- 1) Cláusula a la orden;
- 2) Lugar del giro;
- 3) Epoca del pago; y
- 4) Lugar del pago

Elementos accidentales.

- 1) La comuna dentro de la cual está ubicado el lugar del pago;
- 2) La cláusula de reajustabilidad;
- 3) La cláusula de intereses;
- 4) La cláusula “devuelta sin gastos” o “sin protesto”; y
- 5) Otras menciones que no afecten o alteren la esencia de la letra.

4.- Personas que intervienen en la letra de cambio.

1.- El **librador**, que es la persona que ordena pagar la cantidad convenida y gira la letra;

2.- El **librado**, que es aquél a quien se ordena que pague la letra;

3.- El **aceptante** que es el librado que admite la orden de pagar la letra;

4.- El **avalista**, que es el que, extraño o no a la realización de la letra, afianza o garantiza su pago por una obligación particular que le constituye solidario con uno o más de los ya obligados.

5.- El **tomador o beneficiario**, que es la persona a quien debe hacerse el pago o a cuya orden debe efectuarse.

6.- El **endosante**, que es el que transmite a otro la propiedad de la letra en virtud del endoso, o la constituye en prenda o confiere mandato para su cobro (endoso translativo, en prenda o en comisión de cobranza, respectivamente).

7.- El **portador o tenedor**, que es el actual propietario de la letra.

5.- Análisis de los elementos esenciales de la letra de cambio.

Las cláusulas esenciales son aquéllas sin las cuales el documento no valdrá como letra de cambio. Son las siguientes:

1.- La mención “letra de cambio”.

Esta mención debe ser escrita en el texto de la letra. Uno de los fines de esta mención es dejar clara la voluntad de someterse al “rigor cambiario”, tanto por

parte de creador como por quienes lleguen a intervenir en la circulación de la letra de cambio.

Conforme al N°1 del artículo 1°; la indicación de ser letra de cambio debe estar escrita en el mismo idioma empleado en el título. Por lo tanto, la letra girada en idioma extranjero desde Chile hacia el exterior en idioma extranjero deberá tener la indicación de ser letra de cambio en ese idioma. Respecto a las letras giradas desde el extranjero hacia Chile llevarán o no la expresión “letra de cambio”, según lo disponga la ley del lugar en que la letra es girada, por aplicación de las normas de derecho internacional privado sobre la materia, que rige las formas de los actos jurídicos internacionales (lex locus regit actum).

2.- Fecha de la emisión.

La indicación de la fecha tiene importancia en múltiples aspectos, especialmente en cuanto a la capacidad del librador o del aceptante, o si éstos se encontraban en quiebra a esa fecha.

Es una declaración esencial, en el sentido de que no puede ser suplida, reemplazada ni integrada por otros elementos. La fecha también es importante para determinar el vencimiento de las letras giradas a un plazo contado desde la fecha y el término de presentación para los casos de letras a la vista o a cierto tiempo vista, según veremos cuando se trate de los vencimientos de la letra de cambio.

No hay exigencias rigurosas de la ley en cuanto al modo empleado para registrar la fecha en el texto de la letra de cambio, pudiendo escribirse en cifras o en letras e, indistintamente, en forma manual o por medios mecánicos.

La omisión de la fecha trae aparejada la sanción de que el documento no vale como letra de cambio (art.2°). Conforme al artículo 11, por instrucciones del librador se puede llenar posteriormente la fecha por el tenedor legítimo.

3.- Nombre y apellido de la persona a quien debe hacerse el pago o a cuya orden debe efectuarse.

Aparece aquí la figura del “beneficiario”, “tomador” o “portador” de la letra. La ley requiere del nombre y apellido del beneficiario o tomador, por lo que basta su primer nombre y apellido paterno, lo cual no impide que pueden agregarse los otros nombres y apellido materno, para una mejor identificación de la persona. La práctica así lo aconseja.

La ley expresa que debe indicarse al **beneficiario**, que es la persona “a que debe hacerse el pago o a cuya **orden** debe efectuarse”. En consecuencia, no se admite la letra de cambio al portador.

La ley señala que el librador puede girar la letra con la calidad de nominativa, es decir, se designa el nombre de la persona a la que debe hacerse el pago,

pero sin que éste vaya precedido de la cláusula a la orden, lo que no obsta para que la letra pueda ser cedida por endoso. Esto es nuevo, porque en la doctrina, tradicionalmente, se ha afirmado siempre que el endoso va unido a la “cláusula a la orden”. Para que la letra nominativa no sea transferible por endoso es necesario que el librador agregue las palabras “no endosable”, “no transferible” u otra expresión equivalente, como dice la ley (art.18).

4.- Orden no sujeta a condición de pagar una suma de dinero determinada o determinable.

La orden debe ser “no sujeta a condición”, pura y simple. El fundamento está en que la circulación del título debe quedar protegida en su seguridad y certeza; no pueden existir condiciones o modalidades para su pago. Esto implica la prohibición de insertar cláusulas facultativas., o sea, la orden no puede subordinarse a un acontecimiento que puede llegar o no.

En todo caso, la orden debe referirse a una suma determinable de dinero cuando contiene alguna cláusula de reajuste, la cual está permitida al tenor de lo dispuesto en el artículo 13, número 2.

No es necesario que la suma ordenada pagar se escriba a la vez con palabras y cifras. En caso de que exista contradicción entre la suma escrita en cifras y la escrita en palabras, tal contradicción no acarrea la nulidad de la letra, sino que debe estarse al importe escrito en palabras, el cual prevalece sobre las cifras.

Por último, la suma a pagarse debe ser en dinero, quedando excluida la posibilidad de una letra de cambio en mercadería.

5.- El nombre, apellido y domicilio del librado.

Como expresa el texto, lo fundamental que debe tenerse en cuenta, en la identificación de la persona del librado, la cual puede ser una persona natural o jurídica. Siendo la intención manifiesta de la ley la perfecta identificación del librado, no es nula una letra que contenga algún error sobre el nombre o razón social del librado, siempre y cuando no ofrezca duda la persona a quien debe ser presentada para su aceptación y pago. La inexactitud en la mención del nombre del librado, o el hecho de que no sea éste completo, producen la nulidad de la letra sólo en el caso de que su gravedad sea tal que haga imposible la identificación de una persona.

La ley se pone en el caso de que se gire una letra contra varias personas. El artículo 4° dispone que, en este caso “todas ellas se considerarán librados, a menos que expresamente se hubiere designado algún orden, en cuyo caso se entenderá como librado sólo al que aparezca en primer lugar en el documento, y los demás, como librados subsidiarios, en el orden señalado”.

Es oportuno destacar, finalmente, que no hay que confundir la calidad de librado con la de aceptante. El librado es la persona designada por el librador para pagar, y mientras sea sólo librado no está obligado al pago de la letra.

Para que nazca esta obligación es necesario que el librado se convierta en aceptante, mediante su firma.

La designación del domicilio del librado tiene importancia para los efectos de determinar dónde debe hacerse el pago. En efecto, el número 6 del artículo 1° establece que “si la letra no indicare el lugar de pago, éste deberá hacerse en el domicilio del librado señalado en el documento”. El lugar del pago, según veremos es un elemento de la naturaleza, cuya omisión está suplida por la ley en los términos descritos. En todo caso, es necesario advertir que conforme al artículo 5° “la letra de cambio puede girarse para ser pagada en el domicilio de un tercero, ya sea en la localidad en que el librado tenga el suyo o en otra distinta”. Esta es la **letra domiciliada**, que tiene mucha aplicación en los casos en que el tenedor es un banco.

6.- La firma del librador.

El giro o emisión de una letra de cambio es un acto jurídico unilateral. La firma que exige la ley es el requisito para que se exprese o manifieste la voluntad en este acto jurídico unilateral.

Este elemento de la esencia de la letra de cambio es el único que jamás debe omitirse en el momento de la creación. Todos los demás pueden dejarse de lado, y después integrarse, purificando el documento conforme lo permite el artículo 11; éste no, porque su falta convierte el título de crédito en papel sin valor alguno.

Respecto de la firma del librador en el caso de personas jurídicas, resulta obvio señalar que la designación comercial debe ser completa; en todo caso la Superintendencia de Bancos, en sus instrucciones, ha establecido que el nombre de fantasía puede utilizarse para su uso frente a los bancos, cuando se trate de la individualización de personas jurídicas, como por ejemplo las sociedades.

6.- Análisis de las cláusulas de la naturaleza de la letra de cambio.

Las cláusulas de la naturaleza son aquéllas que corresponden o llevan ordinariamente las letras de cambio y cuya falta es suplida por la ley con una determinada disposición, sin que se produzca la invalidez del documento. Son los siguientes:

1.- Cláusula a la orden.

La cláusula “a la orden”, según la doctrina tradicional es un elemento de la esencia de la letra de cambio, de modo que si en el hecho se extendieran letras nominativas o al portador ellas degenerarían en simples pagarés suscritos por el librador a favor del tomador.

En nuestra ley, al disponer que la letra de cambio debe contener: “El nombre y apellido de la persona a que debe hacerse el pago o a cuya orden debe efectuarse”, significa que la letra puede ser nominativa o a la orden. En todo caso se descarta la existencia de la letra al portador. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que aún cuando no contenga la cláusula “a la orden”, la letra es siempre susceptible de transferirse por medio del endoso translativo. Así lo dice el artículo 18 al establecer que la letra, aun no librada expresamente a la orden, es transferible por endoso. Fue necesario introducir esta disposición por cuanto, doctrinariamente sólo los documentos que contienen la cláusula a la orden son susceptibles de endoso.

La letra de cambio nominativa puede endosarse, salvo en el caso que el librador inserte en el instrumento las palabras “no endosable” o una expresión equivalente. Así lo dice el artículo 18 en su parte segunda, agregando que en este caso “sólo podrá transferirse o constituirse en prenda, conforme a las reglas aplicables a los créditos nominativos”. En todo caso, puede endosarse en comisión de cobranza.

2.- Lugar de giro.

El lugar de giro es elemento de la naturaleza, porque la propia ley se encarga de suplir el efecto que se produce por la omisión de esta mención. El N° del artículo 1° dice: “no obstante, si la letra no indicare el lugar de la emisión, se considerará girada en el domicilio del librador”.

La designación del lugar de giro tiene importancia:

- a) Para saber el lugar en que está domiciliado o reside el librador, esto es, el lugar a que debe acudir el portador legítimo de la letra con su “acción de regreso”, para hacer efectiva la responsabilidades del girador por no haberse aceptado o pagado la letra en su oportunidad;
- b) Para establecer las formalidades que debe revestir la letra de cambio, conforme a las reglas del derecho internacional privado. Las estipulaciones contenidas en los contratos válidamente otorgados en país extranjero producen pleno efecto en Chile, de acuerdo con el principio de derecho internacional privado en cuya virtud se reconoce la validez de los contratos celebrados fuera de Chile, siempre que cumplan con los requisitos por las leyes del país de su otorgamiento (art. 17 del Código Civil). Según el artículo 263 del Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), la forma del giro, endoso, fianza, aceptación y protesto de una letra de cambio se someten a la ley del lugar en que cada uno de esos actos se realicen (lex locus regit actum).

3.- Epoca de pago.

El artículo 1° número 6° dice que la letra debe con tener, entre otras menciones, “la época del pago”. La época del pago está relacionada con el vencimiento de

la letra de cambio. La ley no considera como esencial esta mención, y es por eso que en la parte final del número 6 citado dice que “si (la letra) no contuviere la fecha de su vencimiento, se considerará pagadera a la vista”.

El artículo 48 dispone que la letra de cambio puede ser girada:

- 1.- A la vista;
- 2.- A un plazo de la vista;
- 3.- A un plazo de la fecha del giro; y
- 4.- A un día fijo y determinado

El inciso final de este artículo dispone que “no vale como letra de cambio la girada a otros vencimientos o a vencimientos sucesivos”. Esta disposición es necesario concordarla con el artículo 2º de la Ley.

El conocimiento del plazo de vencimiento tiene importancia, porque el portador legítimo del título tiene la obligación de presentarlo al pago el día del vencimiento y de protestarlo en la oportunidad legal; si no lo hace, caducan sus derechos contra los garantes del instrumento.

Letras a la vista o presentación.

Las letras que no contienen la época del pago, según el N° 6 del art. 1º, se consideran pagaderas a la vista.

Se denomina “vista” la presentación que hace el portador o tenedor legítimo de la letra al librado para que éste la acepte, o la acepte y pague, en su caso.

El artículo 49 establece que la letra a la vista es pagadera a su presentación al librado. Lo que determina el vencimiento es el hecho de su presentación al librado; por tanto se trata de un plazo relativo, porque depende de la voluntad del tenedor. En suma, estas letras la presentación y el pago se confunden en un solo acto.

Sin embargo, según lo dispone la parte segunda del artículo 49, si la letra “no fuere pagada dentro del plazo de un año contado desde la fecha de su giro, quedará sin valor, a menos de ser protestada oportunamente por falta de pago”.

Esta es una sanción de caducidad. En todo caso, esta sanción de caducidad no se produce si la letra es protestada oportunamente por falta de pago. Es evidente, en este caso, que el protesto puede ser sólo por falta de pago.

De acuerdo al artículo 61, cuando se efectúe un protesto por falta de pago debe entregarse un aviso dirigido al aceptante en que se le citará para el día siguiente hábil que no fuera sábado a fin de realizar el requerimiento que corresponda.

El artículo 69 agrega que, en los protestos por falta de pago el aviso se entregará, en los casos de las letras a la vista, el primero o segundo día

siguiente, que no fuera sábado al vencimiento de la letra o del vencimiento del plazo de un año que establece el artículo 49. En todo caso, el requerimiento se practicará en el día hábil que siga al de la entrega del aviso.

El cumplimiento de la diligencia de protesto en los términos señalados impide que los derechos que nacen de la letra a la vista caduquen en contra del portador. En todo caso, el plazo de prescripción de las acciones cambiarias del portador contra los obligados al pago es de un año, contado desde el día del vencimiento del documento (art. 98).

En las letras a la vista, el día del vencimiento corresponde a la fecha de su presentación. El plazo de caducidad del artículo 49 es de un año, contado desde la fecha del giro.

El plazo de prescripción de la acción del portador contra el obligado al pago es de un año contado desde la fecha del vencimiento.

Letras giradas a un plazo de la vista.

A éstas se refiere el artículo 50, que dice: “el término de la letra girada a cierto plazo a contar de la vista, corre desde el día de su aceptación o desde su protesto por falta de aceptación o por falta de fecha de aceptación”.

A falta de protesto, la aceptación que no lleve fecha se considerará dada respecto del aceptante, el mismo día del plazo previsto para presentarla, o en caso de no haber aceptación, desde el día siguiente de su protesto.

En estas letras es necesario que el portador las presente al librado para su aceptación, y sólo desde ese momento empieza a correr el plazo designado para el pago. Estas letras tienen semejanza con las letras a la vista, en cuanto de antemano no se conoce el día preciso de su vencimiento; pero se diferencian de éstas porque no se presentan para su pago inmediato, sino que su aceptación, y el plazo comienza a correr desde el día siguiente al de esta aceptación o desde la fecha del protesto.

Las letras giradas a un plazo contado desde la vista y que no sean aceptadas en el plazo de un año a partir de la fecha de giro, quedarán sin valor, a menos de ser protestadas oportunamente por falta de aceptación o por falta de fecha de aceptación.

Letras giradas a un plazo de la fecha del giro.

Por ejemplo una letra que dice ser pagadera a 120 días fecha. El artículo 50, inciso 2° dispone: “El término de una letra girada a un plazo de la fecha del giro, corre desde el día de su emisión”.

Letras giradas a un día fijo y determinado.

El artículo 50 consagra estas letras al decir que “la letra girada a un día fijo y determinado es pagadera en el día designado”.

Este tipo de letra es la más utilizada por el comercio, porque evidencia precisión en su vencimiento.

El artículo 51 dice que “si el vencimiento cae en día feriado, en día sábado o el 31 de diciembre, se entiende prorrogado para el primer día hábil siguiente.

4.- Lugar de pago.

Éste es otro de los elementos de la naturaleza contenido en el artículo 1º, número 6º que dice que la letra de cambio debe contener “el lugar del pago, no obstante si la letra no indicare lugar del pago éste deberá hacerse en el domicilio del librado señalado en el documento”.

Por lo tanto, la omisión de la indicación del lugar del pago no trae como sanción el hecho de que la letra no sea considerada como tal, sino que está suplida la voluntad de las partes por lo expresado por el legislador.

Por su parte, el artículo 5º agrega que “la letra de cambio puede girarse para ser pagada en el domicilio de un tercero, ya sea en la localidad en que el librado tenga el suyo o en otra distinta”.

Finalmente, el artículo 13 dispone que la letra de cambio puede contener la designación de “la comuna dentro de la cual está ubicado el lugar de pago”.

7.- Análisis de las cláusulas accidentales de la letra de cambio.

Cláusulas accidentales son aquéllas que no pertenecen ni a la esencia ni la naturaleza del documento y que se pueden estampar con la finalidad de producir un determinado efecto. Están contenidas en el artículo 13 y son las siguientes:

- 1.- La comuna dentro de la cual está ubicado el lugar del pago;
- 2.- La cláusula de ser reajutable la cantidad librada;
- 3.- La cláusula de intereses;
- 4.- La cláusula “devuelta sin gastos” o “sin obligación de protesto”; y
- 5.- Otras menciones que no alteren la esencia de la letra. Por ejemplo, la ley contempla la cláusula que fija plazo para presentar la letra a la aceptación (artículo 3 y 74).

La comuna dentro de la cual está ubicado el lugar del pago.

Esta mención tiene importancia para los efectos del protesto. Según el artículo 70, antes de estamparse la diligencia de protesto por falta de pago, el funcionario correspondiente debe verificar en la Tesorería Comunal correspondiente si se ha efectuado en ella algún depósito destinado al pago del

documento, siempre que se hubiere señalado la comuna correspondiente al lugar del pago.

La cláusula de ser reajutable la cantidad librada.

Según lo expresa el artículo 13, número 2, la cláusula de reajustabilidad se expresará mediante la palabra “reajutable” u otra igualmente inequívoca. Esta expresión está relacionada con el artículo 1º, número 3 de la ley, que expresa que la cantidad que debe pagarse debe ser una suma determinada o “determinable” de dinero.

Puede escogerse como sistema de reajuste cualquiera que no esté prohibido por la ley y si no se indicare un sistema determinado se aplicará el que rija para las operaciones de crédito de dinero vigente a la época de la emisión de la letra. La indicación de sistemas prohibidos por la ley, se tendrá por no escrita (Art.14). Es necesario advertir que no existen sistemas de reajustabilidad prohibidos por la ley y, en consecuencia, pueden usarse otros, como por ejemplo, las cláusulas trigo, oro, etc.

En la práctica, el sistema comúnmente utilizado es expresar el monto de las letras en U.F.

La cláusula de intereses.

El legislador ha admitido expresamente añadir a la letra una cláusula de intereses. De manera, que las partes tienen libertad para convenir la tasa de intereses, siempre que ésta no exceda el máximo permitido estipular por la ley.

En caso de que la estipulación se limite a que la letra devengue intereses, la ley dice, que estos intereses “correrán desde la fecha en que la letra fue emitida y hasta el pago efectivo, a menos que en la letra se indiquen otras fechas”. Agrega que se calcularán sobre la cantidad reajustada, salvo mención expresa en contrario (artículo 13 N°3).

8. La letra en blanco.

Puede ocurrir que la letra quede incompleta al momento de su creación, y en este caso se habla de “letra en blanco”. Sobre el particular, el artículo 11 de la ley establece que, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2º, si la letra de cambio no contiene las menciones de que trata el artículo 1º, cualquier tenedor legítimo podrá incorporarlas antes del cobro del documento, sujetándose en todo ello a las instrucciones que haya recibido de los obligados al pago de la letra. Si se llenare en contravención a las instrucciones, el respectivo obligado podrá eximirse de su pago probando tal circunstancia”.

Esta exoneración de responsabilidad no podrá hacerse valer respecto del tenedor de buena fe.

“Todo lo anterior no obsta al ejercicio de las acciones penales que fueren procedentes”. El delito a que se refiere es el de abuso de firma en blanco, que tiene la sanción de estafa (C.P.P. artículos 467 y 470 inciso 3º).

Es indispensable tener presente que, en todo caso, jamás puede faltar la firma del librador.

No es lo mismo “portador legítimo” que “portador de buena fe”. El artículo 26 dice que el tenedor de una letra de cambio se considera portador legítimo si justifica sus derechos con una serie no interrumpida de endosos, aunque el último esté en blanco. La legitimación depende sólo de la continuidad de los endosos. En cambio, la buena fe es subjetiva y exige una investigación del portador. Puede decirse que es portador de buena fe aquél que posee el título con la conciencia de haberlo adquirido por medios legítimos, exentos de fraude y de todo vicio (art.706 del Código Civil).

EL GIRO O LIBRAMIENTO DE UNA LETRA DE CAMBIO.

El giro de una letra de cambio es el acto jurídico mediante el cual una persona, llamada girador o librador, la crea y pone en circulación, emitiendo la orden de pago.

El giro de la letra es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de voluntad y capacidad para realizarlo. La voluntad se manifiesta a través de la sola firma del librador estampada en la letra de cambio. El giro es una operación de letra de cambio y, de acuerdo al artículo 3º N°10, es un acto de comercio.. En cuanto a la capacidad se rige por las normas del Código Civil.

Las modalidades de giro de la letra están contempladas en los artículos 3º y 5º de la ley y son las siguientes:

1º) Letra girada a la orden del librador.

Por regla general, en el otorgamiento de una letra concurren tres personas: librador, librado y tomador. Puede ocurrir, sin embargo, que falte la tercera persona, o que el librador o tomador sean una misma persona. A este último tipo de letra se refiere el artículo 3º. Estas letras son perfectamente legales y muy comunes en la práctica, debido a que facilitan enormemente los traspasos.

2º) Letra girada a cargo del propio librador.

Es el caso en que el librado asume la posición de librador y librado. No tiene utilidad práctica.

3º) Letra girada para ser pagada en el domicilio de un tercero.

Esta letra se llama letra domiciliada o “letra con cláusula de domicilio”, y la persona en cuyo domicilio se pagará se llama “domiciliatario”.

El domiciliatario no contrae ninguna obligación, ni figura para nada en la letra. Se utiliza, por ejemplo, cuando el aceptante tiene su domicilio en el campo y el banco con el que trabaja lo tiene en la ciudad.

Cabe tener en cuenta que según el número 6° del artículo 1°; “si la letra no indica el lugar del pago, éste deberá hacerse en el domicilio del librado señalado en el documento”.

El artículo 10 de la ley señala que “el librador garantiza la aceptación y el pago de la letra de cambio. Puede eximirse de la responsabilidad de la aceptación; pero toda cláusula por la cual se exima o limite su responsabilidad por el pago se tendrá por no escrita”.

La garantía de aceptación afecta al librador cuando el librado no acepta la letra y es protestada por falta de aceptación, en tal caso, el portador de ella puede exigir su pago al librador.

Finalmente, digamos que el librador puede emitir la letra estampando su impresión digital, en el lugar de su firma, siempre que lo haga ante el notario o ante un Oficial del registro Civil, si en la localidad no hubiere notario (art.9).

EL ENDOSO

1.- CONCEPTO DE ENDOSO.

Artículo 17.- “El endoso es el escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda.

El endoso debe estamparse al dorso de la letra misma o de una hoja de prolongación adherida a ella.

El endoso debe ser firmado por el endosante”.

Recordemos que las reglas legales sobre el endoso, contenidas en la Ley 18.092, se aplican a cualesquiera otros títulos de crédito emitidos con cláusula a la orden de, a favor de, a disposición de, u otras equivalentes, cualquiera fuere la denominación con que se designare a dichos instrumentos, según lo dispone la Ley 18.552.

Conforme al artículo 18, el librador puede insertar en la letra las palabras “no endosable” o una expresión equivalente. En este caso la letra sólo podrá transferirse en prenda conforme a las reglas aplicables a los créditos nominativos.

Según dispone el artículo 25, inciso 2°, un endosante puede prohibir un nuevo endoso, y, en tal caso no responde ante los endosatarios posteriores de la letra. No hay duda de que en este caso la letra puede ser también cedida conforme a las reglas de la cesión de créditos, porque lo que la ley establece es que el portador puede prohibir un nuevo endoso, pero no dice que no pueda transferirse por otros medios.

2.- REQUISITOS DE FONDO DEL ENDOSO.

Los requisitos de fondo del endoso son dos:

- a) El endoso deber ser puro, simple y total.- Así lo establece el artículo 19, inciso 1°. Toda condición a la que se subordine el mismo se reputa no escrita. El endoso parcial no produce efecto alguno.
- b) El endoso debe ser hecho por el tenedor legítimo y capaz (art. 17). Tenedor legítimo es aquél que justifica su derecho con una serie no interrumpida de endosos, aunque el último esté en blanco. Los endosos tachados o borrados deben tenerse por no escritos (art.26).

De la aplicación de las reglas generales debemos concluir que el endosante debe ser capaz, porque el endoso es una forma de obligarse.

3.- CLASES DE ENDOSOS.

A.- ENDOSO TRASLATICIO DE DOMINIO.

El endoso traslaticio es un escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra (art. 17, inciso 1°).

El endoso traslaticio puede ser:

- a) **Endoso en blanco**, que consiste en la sola firma del endosante (art.23) y produce los mismos efectos que el endoso completo, según se deduce del artículo 24.
- b) **Endoso completo** es aquel en que se indica, además de la firma del endosante o de la persona que lo extiende a su ruego o en su representación, las siguientes menciones: el lugar y fecha de su otorgamiento, el nombre del endosatario y la calidad del endoso, en su caso.

El endoso en que se omite el lugar de su otorgamiento se presume hecho en el domicilio del endosante; el endoso sin fecha se presume extendido antes del vencimiento de la letra (art.22).

Efectos del endoso traslaticio.

El endoso traslaticio de dominio produce efectos de diversa naturaleza sobre la propiedad de la letra, la responsabilidad de los endosantes y las excepciones que el deudor cedido puede oponer al último tenedor del documento. Esto puede resumirse en tres puntos, a saber:

1.- Transferencia del dominio del endosante al endosatario.

El principal efecto del endoso es el de transferir la propiedad o dominio de la letra. En el fondo, el endoso constituye una cesión de créditos, pero sometida a

reglas especiales, distintas a las de la “cesión de créditos” regulada por el Código Civil.

2.- Responsabilidad solidaria de los endosantes.

Del endoso resulta para los endosantes una responsabilidad solidaria, que en la ley está expresamente consagrada en el artículo 79, que dice que “todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes o endosantes, quedan solidariamente obligados a pagar al portador el valor de la letra, más los reajustes e intereses, en su caso”.

A su vez, el artículo 25 dispone que el endoso translativo de dominio garantiza la aceptación y pago de la letra.

Esta obligación, no es de la esencia del endoso, sino de su naturaleza, porque el endosante puede exonerarse de ella, mediante una cláusula expresa estampada al dorso del documento. La fórmula que generalmente se inserta para estos efectos son las palabras “sin garantía”.

3.- Principio de la purga o inoponibilidad de las excepciones.

Este principio está consagrado en el artículo 28 de la ley que dice: “la persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra”.

Esto significa que el aceptante de la letra de cambio no puede oponer al portador sino aquellas excepciones que deriven del título mismo. Las excepciones contra los endosantes anteriores quedan purgadas.

Dicho de otra manera, la inoponibilidad o purga de las excepciones fluye del hecho de que lo único que se transfiere por el endoso es el derecho que aparece del examen externo del título.

La seguridad, rapidez y eficacia de las transacciones comerciales ha impuesto la necesidad de dar al título a la orden el máximo de posibilidades de circulación, sin que se vea entorpecida ésta por las diversas situaciones jurídicas que pueden haberse producido en operaciones anteriores.

Finalmente, digamos que según el art.32, “el **endoso de una letra vencida o protestada** por falta de pago no tiene más valor ni produce otro efecto que el de la cesión ordinaria”.

Esto significa que este endoso, en los casos señalados, no producirá sus efectos propios, sino que producirá aquéllos contemplados en la cesión de créditos ordinaria, tanto en cuanto al traspaso de las excepciones como a la garantía de las cuales responde el cedente.

B.- ENDOSO EN GARANTIA.

El endoso en garantía es el escrito por el cual el tenedor legítimo constituye una prenda con la letra de cambio, para caucionar una obligación contraída por un tercero.

Desde el punto de vista formal, la cláusula necesaria para identificar este endoso es la de “valor en garantía”.

El endosatario en garantía tiene un título de mera tenencia, pero de él nace un derecho especial y muy efectivo para el endosatario: cobrar la letra y aplicar sin más trámite su valor al pago de su crédito (art.30). El cobro puede ser judicial o extrajudicial y exige el endosatario en garantía rendir cuenta al endosante.

Mientras el endosatario mantenga la letra en su poder debe practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos emanados de ellas. Esto se refiere a la obligación de protestar la letra (art.30 inc.final).

C.- ENDOSO EN COMISION DE COBRANZA.

Es el escrito puesto al dorso de la letra por el cual el endosante la entrega en cobro. Se materializa mediante la cláusula “valor en cobro”, “en cobranza” o cualquiera otra mención equivalente.

El endosatario en cobranza puede cobrar y percibir, incluso judicialmente, y tiene todas las atribuciones propias del mandatario judicial.

LA ACEPTACION

1.- Concepto de la aceptación.

La ley no define la aceptación, pero podemos decir que ella es el acto jurídico unilateral por el cual el librado acepta la orden que se le hace en la letra de cambio, de pagarla a la persona que sea portador legítimo de ella en el día del vencimiento.

El efecto fundamental de la aceptación es el de constituir al aceptante (anteriormente librado) en obligado a pagar la letra.

No es necesario presentar a la aceptación las letras “a la vista”. Estas letras son pagaderas a su presentación (art.49).

La presentación a la aceptación, por regla general, es facultativa. Es imperativa respecto de las letras giradas a un plazo de la vista. En efecto, el artículo 50 añade que “el término de la letra girada a cierto plazo a contar de la vista, corre desde el día de su aceptación o desde su protesto por falta de aceptación o por falta de fecha de aceptación”.

Según el art. 36, en las letras giradas a un plazo contado desde la vista, el librado deberá fechar la aceptación, pues de otro modo no es posible determinar desde cuando se cuenta el plazo.

2.- Reglas formales sobre la aceptación.

La aceptación debe darse por escrito. Según el art.33, “la aceptación debe constar en la letra misma por medio de la palabra “acepto”, “aceptada” u otras equivalentes y la firma del librado. La sola firma de éste puesta en el anverso de la letra importa “aceptación”.

El librado debe firmar la letra haciendo constar su aceptación mediante las palabras acepto, aceptado u otra equivalente. Sin embargo, estas expresiones pueden omitirse, no son esenciales, lo que no puede omitirse nunca es la firma de la letra, porque éste sí es un requisito esencial.

Si la letra fuere girada a un plazo contadero desde la vista, o si ella debe ser presentada a la aceptación de un plazo determinado, el librado deberá fechar la aceptación (art.36). Esta fecha debe ser la del día en que la aceptación fuere dada.

El librado puede señalar en su aceptación un domicilio o residencia diferente del que resulte del texto de la letra, para que ella se efectúe el pago, siempre que esté ubicado en la misma provincia (art.43).

La aceptación produce efectos para el librado desde el momento en que se da en algunas de las formas señaladas en la ley.

El librado puede **retractarse de la aceptación**. El artículo 44, señala que el librado que ha estampado en la letra de cambio su aceptación puede borrarla o tacharla antes de restituir la letra, debiendo en tal caso agregar la expresión “retiro mi aceptación” y volver a firmar.

Es importante tener presente que la retractación sólo surte efectos cuando se hace antes de restituir la letra.

La aceptación no puede requerirse en días feriados, en días sábados ni el 31 de diciembre; y, además, debe requerirse entre las 9 y las 18 horas, salvo que el lugar señalado para la aceptación fuere el de una institución bancaria o financiera, en cuyo caso sólo podrá hacerse dentro del horario del funcionamiento para la atención de público (art.38).

3.- Reglas de fondo sobre la aceptación.

La aceptación debe ser pura y simple (art.42), pero el librado puede restringir su aceptación a una parte de la suma librada.

La aceptación es irrevocable. Una vez dada la aceptación el librado no puede retractarse de ella una vez restituida la letra. Antes de restituir la letra puede retractarse (art.44).

El principal efecto de la aceptación es el de constituir al librado en deudor principal de la letra, transformándolo en aceptante. En virtud de esta norma, el

aceptante queda personal y directamente obligado al pago de la suma consignada en la letra, y su obligación es imperativa e ineludible.

DEL AVAL

Está definido en el art.46, que dice: “El aval es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella”.

La persona que otorga el aval se llama **avalista** y debe ser una persona capaz de obligarse.

El aval puede ser limitado a tiempo, caso, cantidad o persona determinada; y en tal evento, sólo producirá la responsabilidad que el avalista se hubiere impuesto (art. 47).

La limitación en cuanto a tiempo puede consistir en dar el aval sólo por un determinado plazo. En cuanto a caso, puede consistir en una condición; y la limitación en cuanto a cantidad quiere decir que se cauciona el pago hasta un monto determinado.

Concebido el aval sin limitaciones, el avalista de la letra de cambio responde del pago de ella en los mismos términos que la ley impone al aceptante.

Si el aval se da en la letra puede serlo en el anverso o en el dorso o en una hoja de prolongación adherido a ella.

Si se otorga en el anverso, el aval se constituye por la sola firma del avalista. En todo caso, en la práctica, se firma en sentido transversal a la escrituración de la letra y se le agrega las palabras “por aval”, para evitar confusiones con las firmas del girador y aceptante, en su caso.

Otorgado el aval en el dorso del documento debe contener necesariamente, además de la firma del avalista, la expresión “por aval” u otra equivalente. Esto para no confundir su firma con algún endosante.

Otorgado el aval en escrito separado debe, además de la firma del avalista, expresar que el acto es un aval e identificar claramente la letra a la cual concierne.

La ley establece que el acto que no reúna los requisitos señalados en el artículo 46 no constituye aval.

Finalmente, digamos que el avalista de la letra de cambio responde del pago de ella en los mismos términos que la ley impone al aceptante, cuando el aval está concebido sin limitaciones (art.41).

Si se ha concebido con limitaciones, sea en cuanto a tiempo, caso, cantidad o persona determinada, sólo producirá la responsabilidad que el avalista se hubiere impuesto (art. 47).

VENCIMIENTO Y PAGO DE LA LETRA DE CAMBIO

El artículo 1° señala, entre otras menciones, “la época del pago” de la letra, cláusula que clasificamos como de la naturaleza, porque si la letra no contiene fecha del vencimiento, se considera pagadera a la vista.

El vencimiento de la letra es, pues, la época en que debe ser pagada.

La época del pago o la fecha del vencimiento se determina en las letras de cambio según la forma como haya sido girada.

Según el art.48 la letra de cambio puede ser girada a la vista, a un plazo de la vista, a un plazo de la fecha del giro, y a un día fijo y determinado.

La letra a la vista es pagadera a su presentación (art.49). Letras con otros vencimientos, el artículo 52 dispone que: “el portador de una letra de cambio pagadera a día fijo, a un determinado plazo contado desde la fecha, o desde la vista, debe presentar la letra para el pago el día de su vencimiento o al día siguiente hábil, si este fuere día festivo o feriado bancario”.

Cuando el tenedor de la letra es un banco, el pago deberá hacerse en la oficina de éste. El banco deberá enviar aviso escrito al aceptante comunicándole que tiene la letra en su poder, con diez días, a lo menos, de anticipación a su vencimiento.

El deudor de una letra pagada a su vencimiento queda válidamente liberado, siempre que el pagador deberá verificar la identidad de la persona que presenta la letra a cobro y su calidad de tenedor legítimo de ella, la que deriva de su tenencia justificada por una serie ininterrumpida de endoso.

El artículo 57 se refiere a los **pagos anticipados**, el artículo 55 de la ley establece que si se paga una letra antes de su vencimiento, el pago se registrará por las normas sobre operaciones de crédito, vigentes a la época de emisión de la letra.

Estas normas están contenidas en el artículo 10 de la Ley 18.010, que dicen:

“Art. 10. Los pagos anticipados de una operación de crédito de dinero, serán convenidos libremente entre acreedor y deudor.

Sin embargo, en las operaciones de crédito de dinero cuyo importe en capital no supere el equivalente a 5.000 unidades de fomento, el deudor que no sea una institución fiscalizada por la Superintendencia de Bancos o el Fisco o el Banco Central de Chile, podrá anticipar su pago, aun contra la voluntad del acreedor, siempre que:

- a) Tratándose de operaciones no reajustables, pagar el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha del pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión no podrá exceder el valor de un mes de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga.
- b) Tratándose de operaciones reajustables, pagar el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha del pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión no podrá exceder el valor de un mes y medio de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga.

Los pagos anticipados que sean inferiores al 25% del saldo de la obligación, requerirán siempre del consentimiento del acreedor.

El derecho de pagar anticipadamente es los términos de este artículo, es irrenunciable”.

Puede hacerse un pago parcial de la letra. Según el artículo 54, “el portador no puede rehusar un pago parcial”.

Si el pago parcial se verifica al vencimiento, éste puede ser por cualquier monto, y como la ley no establece un mínimo, puede ser ínfimo. Sin embargo, si el pago parcial se hace después de vencida la letra, el portador puede rehusarlo si fuere inferior a la mitad del valor del documento.

El portador puede protestar la letra por el saldo no pagado (art.54, inciso 2º).

El artículo 54 dispone que “el librado (aceptante) que paga la letra de cambio puede exigir que ésta se le entregue con constancia del pago”. Esta constancia del pago se logra en la práctica estampando en la letra de cambio la palabra “cancelada”. El artículo 86 agrega que, una vez pagada la letra de cambio, el portador otorgará recibo de la misma y la entregará al pagador.

La ley contempla un caso de **pago por consignación simple** en el art.70 y que consiste en depositar en la Tesorería Comunal correspondiente la suma necesaria para pagar la letra, intereses y reajustes, en su caso.

Este procedimiento sólo es aplicable cuando en la letra se ha indicado la comuna correspondiente al lugar del pago.

La ley se refiere al **pago por subrogación**. En efecto, el artículo 87, que no es sino una aplicación del art.1572 del Código Civil, establece que cualquier extraño a la letra podrá pagarla y se subrogará en los derechos del portador emanados del documento. El portador deberá dejar constancia en el documento del nombre de la persona que hizo el pago.

Embargo de la letra de cambio.

El pago o la circulación de una letra de cambio no puede prohibirse ni entrabarse sino por resolución judicial. La ley mantiene el principio establecido en el Código de Comercio en el sentido de que sólo por excepción es posible trabar embargos u otras medidas precautorias que recaigan sobre la letra.

El art. 57 indica los casos en que puede embargarse la letra:

- a) En caso de quiebra u otro suceso que prive al portador de la libre administración de sus bienes;
- b) En caso de extravío de la letra;
- c) En caso de retención, prohibición decretada sobre el crédito representado por la letra, y de aprehensión del documento mismo, en gestión judicial seguida contra el tenedor legítimo, siempre que el documento se encuentre en sus manos o en las de un mandatario de éste para su cobranza.

DEL PROTESTO

1.- Concepto.-

Constituye un acto solemne, realizado por un funcionario público, que autentifica la falta de cumplimiento de obligaciones cambiarias nacidas de la letra de cambio.

Dos son, en consecuencia, los objetivos principales del protesto:

- a) Dejar constancia de la no aceptación de la letra por parte del librado;
- b) Dejar constancia de la falta de pago del documento.

Las formalidades de ambos protesto son idénticas.

Desde otro punto de vista, el protesto mantiene o conserva los derechos del portador; de ahí que pueda decirse con propiedad que éste cumple, al protestar el documento, la obligación que la ley le impone, ya que si no lo hace, sufre como sanción la pérdida de ciertos derechos que son muy importantes para la debida seguridad de su crédito.

Es necesario dejar en claro que el protesto, a pesar de su importancia para la conservación de ciertos derechos del portador, no constituye una formalidad esencial ni es una exigencia de orden público, puesto que la ley permite su omisión, fijando las consecuencias de la misma, y autoriza para que el portador se libere de la obligación de protesto, mediante la cláusula “devuelta sin gastos” o “sin protesto”.

Cuando no existe tal liberación, el legislador desea que la letra se proteste en tiempo y forma, y tanto es así que ni aún en caso de quiebra, interdicción o muerte del librado queda el portador dispensado de la obligación de protestar la letra (art.78).

Por otra parte, el art. 76 establece que ningún otro documento o diligencia puede suplir la omisión del protesto.

El protesto además de conservar ciertos derechos del portador, implica un descrédito que afecta seriamente a aquéllos que no cumplen con sus compromisos, puestos que estos son publicados en el Boletín Comercial de la Cámara de Comercio y DICOM.

2.- Clasificación de los protestos.

El artículo 59 dispone que la letra de cambio puede protestarse:

- a) Por falta de aceptación;
- b) Por falta de fecha de aceptación; y
- c) Por falta de pago.

Desde otro punto de vista, atendiendo a quien hace el protesto puede clasificarse en:

- a) Protesto efectuado por notario o por oficial de registro civil, en los lugares en que no haya notario;
- b) Por los bancos o sociedades financieras. En la actualidad no ha tenido aplicación en la práctica.

El protesto puede ser solicitado por el portador legítimo, por el mandatario para el cobro de la letra y por el endosatario en garantía.

Si no se realiza en tiempo y forma el protesto, por falta de pago, caducarán las acciones cambiarias que el portador pueda tener en contra del librador, endosante y los avalistas de ambos” (art.79).

3.- Funcionario que debe efectuar el protesto.

El art. 60 dispone que los protestos deben hacerse por notarios. Pero en las comunas que no sean asiento de un notario podrán efectuarse también por el oficial del Registro Civil del lugar del pago, o del lugar donde deba presentarse la aceptación, según corresponda.

Con autorización de la Corte de Apelaciones respectivas, los notarios, bajo su responsabilidad, podrán delegar la función de entregar el aviso a que se refiere el art. 61, en un empleado de su dependencia.

La competencia del notario o funcionario se determina por el lugar en que deba prestarse la aceptación o efectuarse el pago, según corresponda.

4.- Normas comunes a todo protesto.

Estas normas están contempladas en los artículos 61, 62 y 63. Consisten básicamente en los siguientes aspectos:

1) Debe entregarse un aviso dirigido al librado o aceptante, según corresponda, por el funcionario designado, en que lo citará para el día siguiente hábil que no fuere sábado a su oficio, a fin de realizar el requerimiento que corresponda. Este aviso debe entregarse en los lugares y oportunidades que señala la ley.

2) El aviso será entregado a alguna persona adulta que se encuentre en dichos lugares, y cuando ello no fuere posible, será dejado de la manera que el funcionario estime adecuada.

3) Si el librado o aceptante no compareciere a la citación, se efectuará el protesto sin necesidad de requerimiento.

4) El protesto se estampará en el dorso de la letra o en una hoja de prolongación y deberá contener las menciones que indica el artículo 62 de la ley.

5) Todo funcionario encargado de efectuar protestos de letras de cambio deberá llevar un registro de protestos en el cual, día a día, dejará constancia de los que haya practicado, con los número correlativos de cada uno de ellos y con las menciones de las letras b), d) e) y f) del art.62.

Además, individualizará el documento protestado con los nombres del librado o aceptante, del requirente, del beneficiario, el monto de la letra y época del vencimiento.

6) El notario o el oficial del Registro Civil, en su caso, deberá devolver al portador la letra original, con las constancias del protesto, a más tardar el día hábil siguiente, que no fuere sábado, al término de la diligencia.

7) Antes de estampar la diligencia de protesto por falta de pago, el funcionario verificará en la Tesorería Comunal correspondiente si se ha efectuado en ella algún depósito destinado al pago del documento, siempre que en él se hubiere señalado la comuna correspondiente al lugar del pago.

5.- Pago de la letra de cambio con cheque.

Si se da en pago de una letra un cheque y el banco librado rehúsa pagarlo, el protesto de aquélla, podrá realizarse dentro de los 30 días del vencimiento, siempre que hubiere hecho constar en la misma el nombre del banco librado, la numeración del cheque y el número de la cuenta corriente sobre la cual ha sido girado.

EXTRAVIO DE LA LETRA DE CAMBIO

En caso de extravío de una letra de cambio, el portador puede solicitar ante el Tribunal que se declare judicialmente dicho extravío y que se le autorice para ejercer los derechos que le correspondan como portador del documento en un documento que lo reemplace o haga las veces.

La solicitud debe contener los elementos necesarios para identificar la letra.

Será Tribunal competente para conocer de esa gestión el Juez de Letras en lo civil de turno del domicilio del peticionario.

Las normas sobre el procedimiento en caso de extravío están contenidas en los artículos 69, 91, 92, 93 94, 95, 96 y 97 de la Ley 18.092.

La última disposición citada indica que el procedimiento que se contiene en los artículos que lo preceden se aplica también a la letra de cambio parcialmente deteriorada.

En suma, el procedimiento es el siguiente:

1.- De la petición se confiere traslado por 5 días hábiles a los obligados y al librado.

2.- El Tribunal ordenará, también, que se dé noticia del extravío y de la solicitud del portador, por medio de un aviso publicado en la edición del Diario Oficial del 1° o 15 de cualquier mes, o en el día hábil siguiente.

3.- Los interesados tienen el plazo fatal de 30 días para hacer valer sus derechos.

4.- Si no se formula oposición o nadie comparece, el Tribunal autorizará al solicitante para requerir la aceptación o el pago. El Tribunal puede exigirle al peticionario una garantía de resultados, cuya calificación y duración determinará prudencialmente.

5.- Si se deduce oposición por los obligados, por el librado o por quien pretenda ser portador legítimo, se tramitará como incidente, y el Tribunal podrá en este caso ordenar de oficio medidas probatorias.

6.- La resolución del Tribunal que acoja la solicitud contendrá la individualización de la letra. La copia autorizada de esta resolución reemplazará a la letra extraviada para requerir el pago o aceptación.

El reemplazo de la letra por la resolución que impide a los obligados oponer al cobro las excepciones o defensas que habrían podido hacer valer en relación con el documento extraviado.

7.- En contra de la resolución sólo procederá el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.

8.- En los casos de letra extraviada, los plazos para presentar la copia de la resolución que la reemplaza a la aceptación o al pago, se prorrogará hasta el tercer día hábil siguiente de quedar ejecutoriada la resolución que ponga fin al procedimiento, si ellos vencieren durante el curso de éste.

9.- La aceptación o el pago autorizado por la resolución judicial producen los mismos efectos que los derivados del ejemplar auténtico de la letra.

ACCIONES CAMBIARIAS

a) Acciones directas.

Es la que tiene el portador legítimo de la letra en contra del aceptante, de su avalista y del avalista que otorga su garantía en términos generales y que no requiere de protesto para ser ejercitada. El aceptante es sujeto pasivo de la acción directa por ser el único deudor directo del título, el avalista que limita su aval a la persona del aceptante responde como si fuera él mismo, de igual manera que el avalista que confiere su aval en términos generales.

La acción cambiaria directa la ejerce el portador legítimo. También la ejerce el mandatario para su cobro y el endosatario en garantía y el tercero que paga la letra sin haber intervenido en ella. Normalmente la acción directa se hace valer al vencimiento de la letra, pero puede ejercerse antes de esa época en los casos indicados en el artículo 81, a saber:

1) Si se hubiere protestado la letra por falta de aceptación del librado. Al no ser aceptada la letra no vale la pena esperar la época de vencimiento ni tampoco requiere volver a protestarla por falta de pago.

2) Si cae en quiebra el librado. En este caso es evidente que por el efecto del desasimio que la quiebra produce, el librado pierde la administración de sus bienes.

En cuanto al contenido de la acción cambiaria directa, diremos que ella permite demandar el importe de la letra, reajuste e intereses, si los hubiere. Si no se ha estipulado intereses, se devengan los intereses corrientes desde el vencimiento.

En cuanto a la prescripción de las acciones cambiarias directas, éstas se extinguen en un año, contado desde el día de su vencimiento (art.98).

b) Acción indirecta, de recambio o de regreso.

Es aquella que la ley confiere al portador legítimo de la letra de cambio en contra del librador, de los endosantes y de los avalistas de ambos y tiene como exigencia ineludible el protesto oportuno y formal del título.

En este caso ante el no pago por el aceptante en la época del vencimiento, el portador legítimo regresa hacia el librador, quien responde del pago por ser el emisor del título, o se dirige hacia los endosantes, quienes responden por haber hecho circular el documento, o se encamina hacia el avalista de ambos, por haberlos caucionado. De ahí que la acción indirecta se denomina también de regreso o de recambio.

Es requisito imprescindible para ejercer la acción indirecta es efectuar el protesto por falta de pago oportuna y formalmente, para dejar testimonio que el aceptante como deudor directo no la pagó cuando correspondía. La falta de cumplimiento de esta carga que la ley impone al portador hace caducar la acción indirecta en contra del librador, endosantes y avalistas de ambos, situación que se conoce como **perjuicio de la letra**.

c) Acción cambiaria de reembolso.

La acción cambiaria de reembolso sólo puede ejercitarse por alguno de los firmantes de la letra que no sea el librador ni aceptante, cuando ha debido efectuar el pago del título. En consecuencia, están legitimados para su ejercicio el endosante y el avalista que pagan la letra de cambio.

Esta acción prescribe en el plazo de 6 meses.

La prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución (art.100).

EL PAGARE

1.- Concepto y enunciaciones.

Lo mismo que al tratar de la letra de cambio, la ley no define el pagaré.

Puede decirse que el pagaré es un título de crédito representativo de dinero en virtud del cual una persona se confiesa deudora de otra, de una suma de dinero, y se obliga a pagarla en un plazo determinado.

El artículo 102, indica las enunciaciones del pagaré, que son:

1.- La indicación de ser pagaré, escrita en el mismo idioma empleado en el título.

2.- La promesa, no sujeta a condición, de pagar una cantidad determinada o determinable de dinero.

3.- El lugar o época de pago. No obstante si el pagaré no indicare el lugar del pago, se entenderá que éste debe efectuarse en el lugar de su expedición; y si no contuviere la fecha de vencimiento, se considerará pagadero a la vista.

4.- El nombre y apellido del beneficiario, o la persona a cuya orden se ha de efectuar el pago, o la individualización de que es pagadero al portador.

5.- El lugar y fecha de expedición

6.- La firma del suscriptor

El documento que no cumple con las exigencias señaladas no valdrá como pagaré.

Cabe advertir que la persona que firma el pagaré, prometiendo pagar, toma el nombre de “suscriptor”. Por lo tanto, es una impropiedad de lenguaje usar el término “aceptante” tratándose del pagaré.

El art. 107 dispone que en lo que no sean contrarias a la naturaleza del pagaré y de las disposiciones especiales que lo gobiernan, son aplicables al pagaré las normas relativas a la letra de cambio

2.- Clasificaciones de pagaré.

“**Art. 105.** El pagaré puede ser extendido

1. A la vista
2. A un plazo contado desde su fecha; y
3. A un día fijo y determinado.

El pagaré puede tener también vencimientos sucesivos, y en tal caso, para que el pago de una de las cuotas haga exigible el monto total insoluto, es necesario que así se exprese en el documento.

Se nada se expresare al respecto, cada cuota morosa será protestada separadamente”.

3.- Responsabilidad del suscriptor.

Art. 106. El suscriptor de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio”.

El pagaré es siempre mercantil, sea nominativo, a la orden, o al portador.

LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y CHEQUES

1.- TEXTO LEGAL.-

La ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques está contenida en el D.F.L. N° 707, de 21 de julio de 1982, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

La citada ley, en su texto vigente, contiene tres párrafos: 1) Del Contrato de cuenta corriente (arts. 1° al 9°); 2) Del Cheque (a rt. 10 al art.44); y 3) De las cuentas corrientes y cheques en moneda extranjera (art.45 al art.50).

2.- DEFINICION LEGAL.

El artículo 1° da la siguiente definición: “La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado”.

De la definición del art.1º se desprende que la cuenta corriente puede ser de simple depósito, para mantener fondos y girarlos, o una cuenta corriente de crédito. Esto último tiene lugar cuando el banco, además de pagar los cheques hasta el monto del numeral depositado, conviene un crédito para cuya virtud atenderá las órdenes de pago más allá de los fondos depositados por el comitente, autorizando el giro de cheques hasta el monto del crédito o “sobregiro” pactado.

Tanto las cuentas en moneda nacional como en moneda extranjera se rigen principalmente por esta Ley y por las instrucciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Se trata de un contrato en el cual una de las partes que lo celebra ha de revestir necesariamente el carácter de banco, quedando prohibida su celebración a otras entidades de crédito, como sucede con las sociedades financieras.

La Ley General de Bancos enumera este contrato como una operación propia e inherente al giro bancario (art.69 Nº1, DFL Nº3, de 1997, L.G.Bcos).

Es tan fundamental que sea un banco, que se explica el sentido de la definición en torno al banco cuando dice que éste se obliga a recibir depósitos del comitente y con cargo a ellos recibe y cumple órdenes de pago que éste imparte.

La cuenta corriente puede dar lugar a multiplicidad de giros o retiros, lo que se conoce y registra como “movimiento” de la cuenta.

En cuanto a los requisitos legales de capacidad para celebrar eficazmente el contrato de cuenta corriente, la Ley en estudio no contempla disposiciones especiales al respecto, por lo que cabe remitirse a la regulación que nos entrega el Derecho Común, sobre la materia.

4.- CARACTERISTICAS DEL CONTRATO.

a) unilateralidad y bilateralidad del contrato.-

El contrato de cuenta corriente bancaria, a diferencia del contrato de cuenta corriente mercantil, es un contrato que se inscribe dentro del régimen de los contratos *unilaterales*. De la definición que arranca del artículo 1º, se desprende que sólo surgen obligaciones para una sola de las partes, impuestas en este caso al banco librado y no para el comitente, el cual no contrae obligaciones inmediatas.

El carácter unilateral del contrato se advierte a lo largo del texto legal (v.gr., art.15, que obliga al banco librado proporcionar al comitente en forma gratuita y bajo recibo los talonarios de cheques) y presenta enorme interés práctico, en atención a las consecuencias que derivan de esta estructura.

Así, en esta línea de principio, no sería posible *demandar la resolución del contrato* por no tener cabida en este tipo de contrato la condición resolutoria tácita (art.1489), como tampoco impetrar la excepción de contrato no cumplido ligada a los contratos bilaterales.

Como dijimos, el cuentacorrentista no contrae una prestación imperativa que emane del contrato. Se estima que es obligación del comitente efectuar la provisión de fondos para atender íntegramente sus órdenes de pago, ya sea con fondos propios o a través de crédito. Empero, el banco no tiene acción para compeler al cuentacorrentista para que cumpla con el depósito de fondos, estando facultado para rehusar el pago levantando la correspondiente acta de protesto en que se consigne la causal de “falta de fondos”.

Puede ocurrir, sin embargo, que el comitente le solicite un crédito al banco, para cubrir un déficit en los fondos disponibles en su cuenta. Aquí el contrato (art.3º) adquiere el carácter de contrato *bilateral*, pero no como consecuencia que emane de la naturaleza del contrato de cuenta corriente que seguirá siendo unilateral, sino como consecuencia de un hecho posterior a su formación o celebración pasando a denominarse “contrato sinalagmático imperfecto”, porque el comitente deberá reembolsar al banco el crédito o sobregiro concedido para operar la cuenta corriente.

Es difícil tipificar a priori este contrato como unilateral. Don Arturo Alessandri señalaba que “determinar si un contrato es bilateral o unilateral, es decir, si impone obligaciones a una sola de las partes o simultáneamente, es una cuestión de hecho que corresponde establecer a los jueces de la instancia o de fondo”.

b) carácter oneroso.-

La única obligación del comitente con el banco es la de pagar los gastos y la comisión por el “servicio” de manejo de la cuenta corriente, como son las anotaciones de movimientos, despacho de cartolas, etc.

Conforme lo establece el art.8º, los bancos están facultados para cobrar una comisión a sus comitentes por la mantención de la cuenta corriente.

El derecho que le asiste al banco de cobrar una comisión vuelve a reflejar en este contrato la nota de transformarse en un verdadero “contrato sinalagmático o bilateral imperfecto”, ya que se genera para el comitente la obligación correlativa de reembolso, que se cumple cargando el valor correspondiente en su cuenta e informándole posteriormente a través del envío de un “aviso de cargo”.

Todo banco fija libremente estas comisiones de acuerdo a una tablado desarrollo que se eleva gradualmente cuando el saldo promedio de la cuenta es bajo. De igual forma, los bancos pueden pagar un interés a favor del cliente por los saldos depositados en la cuenta corriente (art.8º).

c) carácter mercantil.-

De acuerdo a lo que se desprende del art.3° N°11 y el art.69 N°1, la cuenta corriente bancaria, para el banco será siempre un acto de comercio. Y, para el comitente, según la teoría de lo accesorio, lo será comercial si es complementario un giro principal mercantil; si no, será simplemente un acto de carácter civil.

d) consensual.-

Es un contrato **consensual** por cuanto la ley no previno formalidad para el perfeccionamiento de su celebración. Sin embargo, en la práctica se deja constancia del contrato en formularios prerredactados y estandarizados. La uniformidad y carácter masivo que ofrece la contratación bancaria y el interés de los bancos por conseguir la mayor claridad posible en sus relaciones con la clientela, han sido los hechos determinantes de la difusión de las condiciones generales en este ámbito.

e) objeto.-

Su **objeto** es necesariamente **dinero** (art.1°) que se confunden en el patrimonio del depositario. Los bancos reciben las sumas o fondos depositados en propiedad, ya que es un depósito irregular en el que la especie depositada pasa en dominio al depositario, quien se presume facultado para hacer uso de ella (art.2221 C.C.).

Esto hace que el banco disponga y preste el dinero como si fuese suyo y el cliente disponga a su turno del dinero a pesar de no ser suyo. En el depósito bancario existe, en síntesis una doble disponibilidad: a favor del banco y a favor del cliente.

f) sujeto a instrucciones administrativas.-

La Superintendencia de Bancos, como entidad con potestad administrativa creada por D.L. 1097, está facultada para interpretar la ley e impartir instrucciones a los bancos encaminadas a la apertura del contrato de cuenta corriente. Así lo establece el art.12 del D.F.L. N°3 en relación con lo dispuesto en el art.22 de la Ley.

Se busca, a través de estas medidas, evitar que los bancos permitan la apertura de esta cuenta a personas sin la suficiente "idoneidad" para ser titulares de una cuenta corriente, por ejemplo, aquellas que cometen el delito de "giro doloso de cheques". Estas personas quedan afectadas por una "prohibición de abrir cuentas corrientes bancarias", medida que se hace pública, incluyendo su nombre en una lista, fijando en cada caso el plazo que dura esta medida. La Superintendencia se encuentra facultada para imponer multas a los bancos que infringen las instrucciones de apertura.

g) principal, nominado e intuito personae.

Es un contrato *principal, nominado e intuito personae*, tratado y regulado por el legislador, dotado de fisonomía propia y en lo no previsto se le aplican las normas del contrato de cuenta corriente mercantil –no las del mandato-, aunque el legislador se valga de la expresión “comitente” propia del mandato y relativa a su actividad gestora y a la forma en que el banco rinde cuenta de su cometido (arts.4º y 5º).

La jurisprudencia (Rev.Fallos del Mes, año 1992, N°402, pág.213, Consid.11º) le ha atribuido el carácter de contrato de *adhesión* al que se le aplican los usos y costumbres bancarios, que los bancos incorporan uniformemente en las Condiciones Generales de la Cuenta Corriente”.

El carácter *intuito personae*, cimentado en la confianza mutua, aparece en la mayor parte de los contratos bancarios que se celebran principalmente con miras a este elemento fiduciario.

5.- OBLIGACIONES DEL BANCO.

a) Cumplir las órdenes de pago.-

Conforme a lo establecido en el art.1º, el banco *deberá cumplir las órdenes de pago* que expida el comitente girando cheques en los formularios o libretos de cheques seriados y numerados, de acuerdo lo establece el art.15. (La C.S., ha señalado que las obligaciones del banco de cumplir las órdenes de pago del comitente, no provienen del cheque, que no es título creador de obligaciones, sino del vínculo que lo une a éste, en virtud del contrato de cuenta corriente).

El banco pone a disposición del cliente estos talonarios a través de solicitudes que, normalmente se incluyen en los mismos talonarios, facultando retirar los talonarios al mismo titular o por intermedio de un apoderado, cuyo mandato viene prerredactado en la misma solicitud.

Esta autorización deberá incorporar, además, la facultad de cargar el valor del impuesto de timbres que corresponda.

Se puede, asimismo, girar a través de “cheques sueltos”, que permiten al cuentacorrentista girar a su favor sobre su cuenta recurriendo a formularios que se encuentran en poder del propio banco (art.15 inc.1º).

b) Acreditar los saldos.-

El banco deberá acreditar en cuenta corriente para disponibilidad inmediata el dinero depositado por el comitente o por un tercero (art.2º). Con ello el banco reconoce su condición de deudor por los saldos positivos o de acreedor por los saldos negativos a su favor, siempre que tenga autorizado sobregiro o línea de crédito.

c) Reserva de los movimientos.

Debe mantener en estricta reserva respecto de terceros el movimiento de la cuenta corriente y su saldo (inc.2° del art.1°) y sólo están autorizados a la exhibición de determinadas partidas, debiendo interpretarse la expresión “partidas” con cierta amplitud, pudiendo determinarse en forma individual, por su glosa, fecha, cantidad, por un período en que hayan sido asentadas, pero cuidando siempre que la información se entregue en forma precisa.

Puede proporcionar estas informaciones al cuentacorrentista y a quienes éste expresamente haya facultado. El principio anterior se funda, en primer término, en el amparo del secreto de la contabilidad mercantil (arts.41, 42 y 43 del C.de C.), y en una tradición largamente sostenida en nuestro medio, que surge casi en forma coetánea con la dictación de las leyes bancarias.

Según un famoso fallo de la Corte Suprema (2.4.81 Bco. O’Higgins con SII), desde siempre se reconoció una especie de derecho de propiedad sobre esta información por parte del titular de la cuenta, al que le asiste el derecho a la confidencialidad, y al banco el deber de garantizar el sigilo.

El legislador sanciona expresamente el derecho a la intimidad en el art.19 N°4° y 5° de la C.P.E. de 1980.

En la actualidad la regulación del secreto de la cuenta corriente bancaria se encuentra, aparte del art.1°, en el art.20 de la Ley General de Bancos, contenida en el D.F.L. N°3, de 1997.

Finalmente el art.62 del Código Tributario establece que “La justicia ordinaria podrá ordenar el examen de las cuentas corrientes en el caso de procesos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias.

En forma excepcional, el alcance y extensión de este derecho cede a favor de la protección del bien común. Los tribunales (jueces ordinarios, laborales) excluidos los arbitrales, pueden formular requerimientos y ordenar la exhibición de “determinadas partidas” de la cuenta corriente en causas civiles (v.gr., en materia de quiebras para indagar la situación económica durante el periodo sospechoso; también para conocer la situación económica del alimentante en materia de alimentos) y asuntos de índole criminal.

Cabe señalar que la Ley 19.336 modificada por la Ley 19.393 de 1995 (*), facultó al Consejo de Defensa del Estado, previa autorización judicial, para requerir de los bancos la entrega de antecedentes o documentos sobre cuentas corrientes, depósitos u otras operaciones sujetas a la tradicional reserva bancaria. (*) sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

d) Comunicar los saldos al comitente.

El banco tiene la obligación de comunicar el saldo de la cuenta corriente al comitente, de acuerdo al procedimiento del art.4°, a través del cual rinde informe del manejo de la cuenta.

En la práctica bancaria esta obligación se cumple con el envío por correo de un sobre que contiene la “cartola” o un extracto que informa de los movimientos que registra la cuenta en un período determinado, lo que es normal pero no necesariamente, dependiendo del número de movimiento, sucede en forma mensual.

El comitente debe comprobar y asegurarse de las partidas que en ella se anotan y de los cargos y saldos parciales de su cuenta durante ese período.

Los saldos así manifestados se consideran tácitamente aceptados si no fueron objetados dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que el correo certifique la carta que contenga dichos saldos.

Por consiguiente, el reconocimiento expreso de estos saldos parciales no es obligatorio, pero el no hacerlo, naturalmente hace caducar el derecho del comitente a formular algún reclamo ulterior frente al propio banco por el saldo reflejado por este concepto.

Lo anterior deja a salvo el derecho del cliente de requerir la rectificación de errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios, como asimismo la determinación judicial, por la vía del juicio ordinario y a través de informes de peritos contables, de estos saldos.

Conforme lo prescribe el art.5° de la Ley, y a diferencia del plazo de cuatro años establecido para la cuenta corriente mercantil (art.619), si el cliente tiene reparos o no está conforme con el saldo semestral que le presenta el banco a través de la cartola, tiene el plazo de prescripción de dos años para impugnar y hacer determinar por la vía judicial la determinación de estos saldos, plazo que se cuenta desde la fecha “del respectivo balance”, expresión esta última que debemos entenderla referida a la mención que hace el art. 6°, que permite que cada 30 de junio y el 31 de diciembre se puedan cerrar las cuentas corrientes que arrojen saldo a su favor y que no hayan tenido movimiento durante los dos últimos semestres.

Sin embargo, en la práctica, y dependiendo del número de movimientos, los bancos suelen despachar cartolas no en forma semestral, sino con los movimientos mensuales de la cuenta, motivo por el cual el plazo de dos años para la determinación judicial de estos saldos debemos computarlo, a nuestro juicio, a partir de la remisión por correo de cada estado que contiene la partida en discusión.

6.- EXTINCION O CONCLUSION DEL CONTRATO.

Concluye este contrato por las mismas causales que el contrato de cuenta corriente mercantil (art.611 del C.de C. y art.9° de la L.G.de Bcos.), esto es, el fallecimiento del titular, la interdicción, la declaración de quiebra (art.61 de la Ley 18.175) o por un hecho que prive la libre administración de sus bienes a cualquiera de las partes (v.gr. insolvencia o liquidación de la empresa bancaria), y, también, por mutuo consentimiento, “cierre voluntario”.

Cabe consignar que en caso que se trate de una cuenta abierta en forma bipersonal, y fallezca uno de los titulares, el art.26 de la Ley de Herencias, establece que los fondos se considerarán del patrimonio exclusivo del sobreviviente hasta la concurrencia de la cantidad de 5 U.T.A. El saldo sobre ese monto, si lo hubiere, pertenecerá por iguales partes al otro depositante y a los herederos del fallecido. La norma exige únicamente probar el estado civil no siendo necesario el auto de posesión efectiva ni acreditar el pago o exención del impuesto a la herencia.

En forma excepcional, el banco se encuentra facultado, según las Condiciones Generales del Contrato suscritas por el comitente, para ponerle término unilateralmente, como sucede, por ejemplo, en el caso de la cuenta corriente no registre movimiento en un determinado período (art.6º) o numerosos cheques protestados.

EL CHEQUE

1.- GENERALIDADES.-

Siendo el cheque un efecto de comercio o un título-valor, que recae sobre dinero, su configuración incorpora todos los elementos que caracterizan la emisión, extensión y circulación de estos títulos, como sucede con los principios de abstracción de la causa subyacente, prescindencia de las relaciones que preceden para la validez de las relaciones sucesivas a través del endoso, literalidad de los derechos incorporados en el mismo, necesidad, autonomía, etc.

2.- CONCEPTO LEGAL.-

Conforme lo establece el art.10 de la Ley: “El cheque es una orden escrita y girada contra un Banco para que éste pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente”.

El cheque es el medio de ejecución por excelencia del contrato de cuenta corriente bancaria a tal punto que en el tráfico negocial, resulta difícil separar el cheque de la cuenta corriente.

Pero no todo giro contra la cuenta corriente proviene de un cheque; también puede ser una tarjeta de disposición electromagnética que sustituye el título-valor que es el cheque y lo “desmaterializa”, como ocurre con las tarjetas de débito y otros productos que emergen al compás del desarrollo económico.

3.- CLASES DE CHEQUES.-

La regla de oro en esta materia está señalada en el artículo 11 de la ley:

El cheque puede girarse *exclusivamente* **en pago de obligaciones** o **en comisión de cobranza**; nunca en garantía, que es una modalidad de giro utilizada en la práctica comercial cotidiana, que no contempla la ley. Girado con

este último propósito, como se ha sostenido en forma reiterada por nuestros tribunales, carece de *todo* valor como cheque.

Por consiguiente, el cheque sólo podrá ser girado:

a) En pago de obligaciones, que es el cheque ordinario que se emplea en sustitución del dinero y con la misma fuerza liberatoria que el numerario que representa. Requiere, por lo tanto, de la existencia previa de la provisión de fondos y es el de utilización más frecuente para documentar el cumplimiento de una obligación.

Es un título de crédito que queda gobernado por las Ley de Cuentas Corrientes bancarias y Cheques y en lo no previsto en ellas, por las normas que tratan la letra de cambio (art.11, inc.3º).

b) En comisión de cobranza o cheque-mandato, este tipo de cheque, poco frecuente en la práctica, se conoce por la cláusula “para mí” (frase sacramental) agregada por el librador en el cuerpo del documento.

Su finalidad primordial es permitir el retiro de fondos por parte del portador, que aparece investido de un mandato, por el que deberá rendir cuenta de las sumas percibidas por este concepto. Según el art.12, se presume que el tenedor de un cheque girado en simple comisión de cobranza ha entregado la cantidad cobrada al librador si éste no dedujere su acción dentro de los 15 días siguientes al pago del cheque.

4.- FORMALIDADES DE SU EMISION.-

Siendo el cheque un mandato cambiario de carácter abstracto y solemne, la primera solemnidad que regula el legislador es que su emisión debe constar por escrito en forma indeleble, en idioma castellano y bajo firma del girador.

Las menciones que debe contener el cheque son las siguientes:

a) El nombre del banco librado.- La única entidad que puede actuar en nuestro medio como librado es un banco debidamente autorizado. Ninguna otra entidad o establecimiento de crédito puede cumplir dicha función (art. 69 N° 1 y 116 letra b) L.G.Bcos.).

El nombre vendrá preimpreso en el formulario seriado y numerado que, conforme al art.15 de la ley, la propia institución bancaria facilita al librador o a su mandatario debidamente autorizado, dejando constancia de este acto bajo recibo.

b) Lugar y fecha de expedición del cheque.- Si no se indica el lugar de giro o expedición, el art.13 establece una presunción que llena esta formalidad, señalando que se presume extendido en la plaza donde funciona la oficina del banco librado.

El lugar de expedición tendrá interés para determinar la ley que rige el acto.

La fecha tendrá interés para determinar la capacidad del girador a esa fecha.

El lugar y fecha de expedición tienen importancia además, para determinar, de acuerdo a lo establecido en el art.23, el cómputo del plazo en que el cheque deberá ser presentado a cobro. Si se presenta fuera de estos plazos, se produce la caducidad del cheque (arts.23 y 24), en cuyo caso el cheque se podrá pagar únicamente cuando se revalida la fecha de vencimiento por consentimiento escrito del librador.

Si se omite la fecha de emisión del cheque, éste será siempre pagadero a su presentación, de acuerdo con el art.10 que señala que el cheque es siempre pagadero a la vista.

Refuerza esta idea el art.22 que establece que: “No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición”.

El cheque puede girarse “en blanco” sin fecha, pero no puede ser presentado a su cobro sin fecha de giro, puesto que en este último supuesto adolece de uno de los requisitos de regularidad, procediendo el banco librado, sin más trámite, a estampar como causal de protesto formal la “falta de fecha de giro”.

c) Cantidad girada.- Ha de expresarse en letras y en números. Si se produce conflicto entre los guarismos y letras, no tiene aplicación el art.6 de la Ley 18.092, no obstante que el art.11 inciso 3° señala que se sujeta a las reglas generales de la letra de cambio.

La Superintendencia de Bancos ha sostenido que: “si existe diferencia entre esas dos cantidades, por lo tanto, los formularios de cheques así extendidos deben ser protestados por la causal “mal extendido”, por no cumplir con una formalidad legal indispensable”. La cantidad debe ser indicada en idioma castellano. Al respecto, la Jurisprudencia ha fallado que existiendo disparidad entre la cantidad expresada en números y letras, se aplica el art.6° de la Ley 18.092 (C.Stgo.1987; C.S. 1986 Repertorio C.de C. pág.160 y sgtes.)

d) Firma del girador.- La firma debe ser autógrafa, esto es, de puño y letra del librador, aun cuando no sea el titular de la cuenta y de los fondos y se actúe en representación o con poder de otro.

La firma del comitente debe ser “aparentemente auténtica”, ya que la propia ley (art.16 N°1) contempla la hipótesis de pago liberatorio y válido de un cheque por parte del banco librado, cuando la firma no es manifiestamente distinta o “visiblemente disconforme con la dejada en poder del librador para su cotejo”.

La firma puede estamparse por medios mecánicos. El art.13, establece que: “Los Bancos podrán autorizar a determinadas personas para estampar en sus cheques, mediante procedimientos mecánicos, la cantidad girada y la firma. Lo harán siempre que los procedimientos que se utilicen ofrezcan seguridad y que se justifique su necesidad por el elevado número de cheques que deba emitir el comitente, a juicio de la Superintendencia de bancos.

En tal caso, bastará con que la cantidad se exprese en letras o en números.

Agrega finalmente que: “Para los efectos civiles y penales, la firma estampada mecánicamente se entenderá manuscrita por la persona cuya rúbrica ha sido reproducida”.

En consecuencia, para que opere este sistema de rúbrica mecánica es necesario que el banco lo autorice. Según la Superintendencia el sistema se justifica si la cantidad de cheques mensuales girador no sea inferior a 100 cheques mensuales.

e) Número de la cuenta.- Este requisito aparece exigido por vía indirecta. El art.16 N°3 de la Ley, atribuye responsabilidad al banco librado cuando paga un cheque que “no es de la serie entregada al librador”.

5.- AUSENCIA DE LAS MENCIONES SEÑALADAS.-

Considerando que estos requisitos persiguen conservar la regularidad del título, la Superintendencia de Bancos ha dicho que “El cheque para ser tal y gozar de las prerrogativas legales que le son exclusivas, debe contener todas y cada una de esas menciones”.

Digamos finalmente que el artículo 13, dispone que cualquier mención o circunstancia que se agregue no lo descalifica como cheque, sino que se tiene por no escrita. Añade que: “Si se tachare cualquiera mención impresa que contenga el cheque, que no sean las cláusulas “a la orden” o “al portador”, dicha tacha no producirá efecto alguno. Así, si se tachan las menciones impresas en el formulario, por ejemplo la palabra “páguese”, ello no produce efecto alguno.

7.- CESIBILIDAD DEL CHEQUE.

La cesibilidad del cheque depende exclusivamente de la forma en que esté redactado: nominativamente, a la orden o al portador.

1) Al portador.- Es el emitido sin designar el nombre del tenedor y sin tachar la cláusula “al portador”. Conforme lo señalada el art.35, ellos se transfieren por la simple tradición manual y su transferencia no constituye responsable al cedente sino en cuanto a la autenticidad del documento.

El banco pagará válidamente este cheque al que lo exhiba, sin que tenga que entrar a indagar si quien lo presenta es o no su tenedor legítimo. De lo que sí no está dispensado el banco es de comprobar y asegurarse de la identidad de la persona que lo presenta a cobro, quien debe, por lo demás “cancelarlo” haciendo constar su firma (art.31 Ley 18092 y art.27 Ley Ctas.Ctes.).

Por último cabe señalar que si se endosa un cheque al portador, al ley le atribuye un singular efecto a dicha manifestación de voluntad, que se traduce

en que el endoso significa el afianzamiento de su pago, con lo cual el endosante queda como garante del pago del documento (art.35).

2) Cheque a la orden.- lleva abierta la cláusula “a la orden” y designado el nombre del beneficiario.

El cheque a la orden es transferible por endoso como cualquier otro documento a la orden, y todo lo que se ha dicho respecto al endoso traslativo de dominio, se aplica aquí sin modificación alguna (art.23 Ley 18092).

Como un medio que facilita la circulación de este tipo de cheques, y refuerza, una vez más, el carácter abstracto de este título, el art.16 de la Ley exime de responsabilidad al banco cuando la firma del endosante ha sido falsificada, exigiéndole eso sí que compruebe o acredite la identidad del tenedor que lo presenta a cobro.

En caso que el cheque se presente con varios endosos, se debe verificar además, conforme lo dispone el art.31 de la Ley 18092, la regularidad formal y la continuidad de estos endosos a través de una serie no interrumpida de los mismos hasta alcanzar al portador que reclama el cobro.

Como se ha dicho, el banco no tiene la obligación de cerciorarse de la autenticidad de las firmas de los sucesivos endosantes y carece de facultad para ello.

Queda sí exento de responsabilidad el banco si paga, en definitiva, a un portador ilegítimo que finja o estampe una rúbrica mendaz, imaginaria o similar a la del verdadero endosante. El único requisito es exigir la identidad de quien lo presente a cobro.

3) Cheque nominativo.- Es el girado a favor de una persona determinada y que se hayan borrado conjuntamente las expresiones “al portador” y “a la orden”. Este cheque deja de ser transferible y sólo podrá pagarse a la persona a cuyo nombre fue girado.

Conforme lo dispone el inciso cuarto del art.13 de la Ley, la emisión de un cheque con carácter nominativo no es susceptible de ser modificada posteriormente, ya que se trataría de una circunstancia o cláusula que se debe tener por no escrita, esto, no surte efecto alguno.

De conformidad a lo señalado en el art.14, el cheque nominativo sólo podrá ser endosado a un banco en comisión de cobranza, quien será el único que lo pueda presentar a cobro.

También puede transferirse conforme a las normas del C. de C. (art.162) y C.C. (art.1901 y sgtes.) sobre la cesión de derechos, que exigen que se verifique a través de la entrega material del título de cedente al adquirente y la notificación del deudor a través de un ministro de fe.

También puede endosarse a un abogado en comisión de cobranza.

4) El cheque cruzado o especial.- Los arts.30, 31 y 32 reglamentan el cheque denominado “cruzado”, que solo puede ser cobrado al librado a través de un banco.

El cruzamiento se traduce en la colocación por parte del girador o de cualquier otro tenedor de dos líneas paralelas trazadas en forma transversal. Una vez que se cruza, no es posible eliminar dicha condición, que permanece inamovible (art.31, inciso final).

Se debe tener presente que el cruzamiento no importa una limitación a la circulación, sino al cobro, ya que el portador que lo presenta a cobrarlo necesariamente ha de ser un banco. El cruzamiento, por tanto, nada tiene que ver con su cesibilidad y puede ser extendido al portador, a la orden o nominativo.

Conforme lo indica el art.31, existen dos tipos de cruzamientos: el cheque puede ser cruzado general o especial. La diferencia estriba en que en el segundo se consigna entre ambas barras paralelas el nombre de un banco determinado, identificado por su denominación social y el librado puede pagar solamente al banco designado.

Según el art.32: “El librado que paga un cheque cruzado en general a persona que no sea un banco, o que paga un cheque cruzado especialmente a otro banco que el designado o que no haya sido autorizado por éste para el cobro, quedara responsable de las resultas”. El monto de estos perjuicios debe limitarse, a juicio de los autores, hasta una suma que no exceda el importe del cheque.

8.- PLAZO PARA SU COBRO.-

8.1. Plazos legales.- Conforme lo establecen los arts.23 y 48 de la Ley, el portador de un cheque librado contra un banco establecido en el país, debe presentarlo a cobro en forma oportuna, dentro de los plazos legales de presentación, que se cuentan desde la fecha expedición:

- **60 días:** cuando se trate de un cheque **girado en moneda chilena y el librado estuviere en la misma plaza de emisión;**

- **90 días:** si el cheque fuere en **moneda chilena** y estuviere girado dentro del país, en **una plaza distinta** de la del librado;

- **3 meses:** al tratarse de un cheque en **moneda chilena girado en el extranjero;** y,

- **12 meses:** contado desde su fecha para un cheque **girado en moneda extranjera, cualquiera sea el lugar de su emisión y de su pago.** Este tipo de cheque queda sometido en cuanto a la forma del giro, endoso, intervención y protesto a la ley del lugar en que dicho acto se realice.

Los plazos que aquí se establecen son de días corridos y fatales, de acuerdo a la locución empleada “**dentro de**”, no se suspenden y se cuentan desde la fecha de giro y corren hasta la medianoche del último día del plazo (art.38 y 49 C.C.).

Para computar, por consiguiente, el plazo de validez de un cheque expresado en días, se debe considerar la fracción del día de emisión del cheque, que se complementa con la del último día, el cual correrá hasta la medianoche. En términos prácticos, si un cheque se gira el 31 de julio en la plaza de emisión donde el titular tiene la cuenta corriente, el cheque se puede cobrar hasta el día 29 de septiembre.

Se ha fallado que el pago del cheque que no se verifica dentro de los plazos legales produce el efecto de hacer caducar el cheque como tal, transformándose en un simple instrumento privado que se sujeta al plazo de prescripción ordinaria establecida en el artículo 2515 del C.C. y no a la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

8.2. Concepto de plaza de emisión.- La Superintendencia de Bancos ha señalado que el concepto de “plaza” a que se refiere la Ley (art.23), se refiere a las plazas donde se efectúa el “canje bancario” de los documentos que se reciben. Por ejemplo, la localidad de Melipilla es plaza de canje distinta a Cerrillos, ya que esta última hace canje con plazas de circunscripción Santiago.

Si se gira el cheque en Melipilla sobre una cuenta abierta en una oficina de Cerrillos, el plazo es de noventa y no de sesenta.

Ahora bien, si no se presenta a cobro el cheque dentro de los plazos legales, se produce la sanción de caducidad, perdiéndose las acciones contra los endosantes, conforme lo dispone el art.23.

Por el mismo caso el portador perderá su acción contra el librador si el pago se hace imposible por hecho o culpa del librado, posteriores al vencimiento de dichos plazos.

Conforme lo dispone el inciso final del art.23, estos plazos se aumentarán con los días hábiles durante los cuales el banco librado hubiere suspendido, por cualquier motivo, sus operaciones y pagos.

Esta ampliación de plazo no tiene lugar cuando la suspensión de actividades afecta a todas las empresas bancarias del país por disposición de la ley.

Los arts.38 y 39 establecen el canje de documentos entre los bancos y sociedades financieras que reciben en depósito o en pago de obligaciones. El canje de documentos se encuentra reglamentado en el Reglamento para el Funcionamiento de la Cámara de Compensación establecido por el Banco Central de Chile y funciona, más o menos así:

Cuando un banco recibe un cheque por sus operaciones, ya sea en depósito o en comisión de cobranza, se canjea presentándolo a cobro al otro banco, el cual, en forma recíproca, compensará su valor, cobrará su importe o lo devolverá protestado.

Esta operación tiene lugar entre cada uno de los bancos ubicados en una misma plaza. Las reuniones de cámara se celebran diariamente.

8.3. Revalidación.- El art.24 dispone que el librado no está obligado a pagar los cheques que se le presenten fuera de los plazos señalados, a menos que cuente con el consentimiento escrito del librador. Esto se conoce como revalidación, que es el consentimiento escrito del librador, lo que equivale a un nuevo giro. Si no se revalida, la única manera de cobrar el cheque expedido sería que el tenedor cite a confesar deuda y reconocer firma al librador (art.435 del C.P.C.).

8.4. Efecto novatorio del cheque.- El art.37 señala que “El cheque girado en pago de obligaciones no produce novación de éstas cuando no es pagado”. Es decir, no extingue las obligaciones del librador que da origen al documento ni menos la sustituye o reemplaza por otra obligación.

La ausencia del efecto novatorio en el caso de no pago trae como consecuencia la subsistencia del negocio subyacente, por cuya causa se emitió el cheque, con todos sus privilegios y seguridades.

Si se paga el cheque, es, en definitiva, la propia convención de pago la que extingue la obligación y el cheque quedará conservado y archivado en la oficina del banco librado por el plazo de 6 años (art.155 L.G.Bcos.).

Si no se paga, el portador del cheque, una vez levantado el correspondiente protesto, podrá ejercitar la acción ejecutiva y la acción penal. Tanto la acción ejecutiva contra los obligados al pago de un cheque protestado, como la acción penal, prescriben en un año, contado desde la fecha del protesto.

8.5.- Pago parcial.- A diferencia de lo que ocurre con la letra de cambio (art.54 Ley 18.092), no se admite el pago parcial del cheque, pues siendo el cheque una orden de pago a la vista, el banco librado debe acatar lo que su emisor le ordena y no puede entenderse que cumple con lo que se le manda si paga una suma diferente o inferior a la que aparece en el cheque que se le presenta a cobro.

Si sólo hay una parte de los fondos disponibles, el cheque debe ser protestado, y si el banco librado acepta el cheque aunque el librador no tenga la provisión de fondos, su determinación es irrevocable y debe pagarlo, aunque ello implique sobregirar la cuenta. El art.25 señala que “El cheque aceptado por el librado no podrá ser devuelto al interesado”.

9.- PROCEDIMIENTO DE COBRO DE CHEQUES EN MONEDA EXTRANJERA.

El art.45 dispone que se aplicarán las disposiciones de esta ley a las cuentas corrientes bancarias y cheques en moneda extranjera.

Reviste gran interés práctico precisar a qué clase de cheques se refiere esta norma. Para ello, hay que distinguir dos situaciones:

a) Cheques girados en moneda extranjera sobre cuentas abiertas en bancos chilenos.- En este caso se aplica la ley en estudio. El art.46 permite en forma excepcional que el banco librado pague los cheques girados sobre este tipo de cuenta, a su elección, en efectivo, en cheques contra el Banco Central de Chile o en letras a la vista, en órdenes de pago o cheques sobre plazas extranjeras, pero en todo caso, en la moneda extranjera en que el cheque es extendido. La razón, es que con ello se busca evitar situaciones en que el banco puede carecer de efectivo en la moneda extranjera.

b) Cheques girados en M/E sobre cuentas abiertas en bancos extranjeros. Los cheques girados en moneda extranjera contra bancos no establecidos en Chile no se rigen por la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. De conformidad al principio jurídico “locus regit actum”, se regula íntegramente por el derecho del domicilio o lugar donde la obligación se suscribe o emite (arts.16 y 17 C.C. y art.263 del Código Internacional Privado).

Existe un fallo de la C.Suprema del año 1987 que, reconociendo el principio del “locus regit actum” ha resuelto que: “El documento girado y protestado en el extranjero en su forma exterior debe ser considerado un cheque protestado y, por tanto, no puede un tribunal impedir su notificación”.

10.- SITUACION DEL CHEQUE ANTE LA QUIEBRA.

De acuerdo lo prescribe en forma expresa el art.9° de la Ley, en armonía con lo dispuesto en el art.611 del C. de C., la quiebra del librador o del banco librado pone término al contrato de cuenta corriente.

Pronunciada la declaratoria de quiebra del librador, sus bienes presentes y la administración pasan de pleno derecho al síndico (art.64 y 76 N°2 de la Ley 18.175).

Como una calificada excepción a este principio, y al régimen de inoponibilidades de las compensaciones establecido en los arts.69 y 77 de la Ley de Quiebras, los bancos están autorizados para compensar legalmente el monto de las sumas adeudadas por el quebrado con los fondos que existan disponibles en la cuenta corriente, en atención a que se trata “de obligaciones conexas, derivadas de un mismo contrato o de una misma negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos”.

Si existe un remanente, el banco deberá ponerlo a disposición del síndico (art.52 N°2 de la Ley 18.175) y se procederá al cierre de la cuenta.

El problema se produce con los cheques girados con anterioridad a la quiebra y que se presentan a cobro después de la declaratoria, cuando ha llegado a conocimiento del banco librado a través de notificación.

Se trata de una materia relevante, sobre todo por las consecuencias penales que trae aparejadas en contra del girador del cheque que se encuentra declarado en quiebra.

En teoría, el tenedor o beneficiario de un cheque girado por un deudor en quiebra deberá requerir el protesto del documento y proceder a ejercitar sus derechos a través de la verificación de su crédito.

Como no goza de privilegio alguno, deberá ajustar sus expectativas a los repartos que efectúe el síndico con “moneda de quiebra”.

Una vez practicada la gestión de notificación del protesto al quebrado, éste dispone de tres días para consignar los fondos suficientes para cubrir capital, intereses y costas.

Sin embargo, en la práctica y como resultado del desasimiento, el quebrado se encuentra legalmente inhibido de efectuar el pago o consignar los fondos para atender el importe del documento.

La infracción a esta regla podría incluso aparejarle consecuencias en el proceso de calificación, según se desprende del art.220 N° de la ley concursal que castiga como autor de quiebra fraudulenta “Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de la deuda”.

De acuerdo lo dispone el inc.1° del art.42, el juez del crimen procederá a encausar y someter a proceso al girador como autor de delito consumado de giro doloso de cheque con el mérito del cheque protestado y la constancia de haberse practicado la notificación y de no haberse consignado los fondos suficientes dentro del plazo de tres días indicado en el precepto.

Para salvar esta situación y sus inexorables consecuencias, se ha sostenido que la circunstancia de encontrarse el girador en quiebra configuraría la causal de extinción de responsabilidad penal prevista en el art.10 N°12 del Código Penal, al haber incurrido el girador en quiebra en una omisión, hallándose impedido por virtud del desasimiento por “causa legítima e insuperable”, que en el caso se asimilaría al caso fortuito o fuerza mayor.

En este supuesto la omisión estaría conformada por el estado de declaración de quiebra, que le impide pagar con los bienes de la masa, situación que no está en sus manos poder remover.

Otros autores no comparten este criterio, atendido a que la quiebra no puede ser considerada como un caso fortuito o de fuerza mayor, ya que al contraer la obligación el girador debió prever con mediana diligencia las consecuencias que traería aparejado su incumplimiento, especialmente en el ámbito punitivo.

10.- EL PROTESTO DEL CHEQUE.

10.1.- Distinción de distintas relaciones jurídica que intervienen en el giro de un cheque.- Desde el punto de vista del protesto o rechazo del cheque por parte del banco librado, es necesario distinguir los planos donde se manifiestan las distintas relaciones jurídicas que intervienen en el libramiento del cheque.

1º Relación jurídica entre el librador y el banco librado.- El banco atiende estas órdenes hasta el monto de los fondos disponibles o del sobregiro pactado. Su naturaleza jurídica es contractual, ya que derivan derechos y obligaciones para ambas partes. El derecho aplicable de esta relación jurídica arranca de la Ley (DFL 707); de las circulares de la Superintendencia y de las condiciones generales que rigen para las cuentas corrientes. Asimismo, de acuerdo con los arts.4º y 6º del C.de C. tiene lugar la aplicación de la costumbre mercantil en forma supletoria a lo dispuestos en la ley.

2º Relación jurídica entre el librador y el beneficiario o portador del cheque.

Aquí se contempla el cheque como título formal de crédito y las relaciones cambiarias que nacen como consecuencia de su giro o expedición y la responsabilidad solidaria que nace del librador y endosantes frente al tenedor para el caso de que el cheque girado a la orden no es pagado. Se aplican a estas relaciones las normas cambiarias establecidas en el Cap.II de la Ley de Cheque, en los arts.10 y siguientes y artículo 11 de la Ley de Letras de Cambio.

3º Relación jurídica que media entre el tenedor o portador que presenta el cheque y el banco librado.- Lo normal será que el banco pague el cheque a quien se lo presenta y exhibe, siempre que acredite su identificación como portador del mismo.

Pero puede suceder que el banco se niegue o rechace el pago. Si la negativa o rechazo del banco es por falta de fondos disponibles para atender al pago, tiene que hacer constar la negativa en el título mismo, en una hoja adherida con expresión del motivo en que se funda. En los demás casos (revocación de la orden de pago, etc.), el rechazo y la constancia se hace a petición del portador.

Por último, puede que en el mismo ámbito aparezcan relaciones de carácter extracontractual o extracambiarias entre el tenedor de un cheque que lo presenta a cobro y el banco librado que rehúsa pagarlo.

No hay entre estos una relación preestablecida y el banco responde ante ellos por el derecho común. Así sucede, por ejemplo, cuando el banco rehúsa el pago por motivos injustificados, originando con su reticencia perjuicios al portador y, en algunos casos, al propio titular de la cuenta por el cheque indebidamente rechazado.

Frente a terceros, habrá que ver si en el acto u omisión del banco existe intención dañosa o una actitud culpable o negligente, dando lugar a la necesaria obligación reparatoria por los eventuales daños o perjuicios. En las condiciones generales del contrato, por lo general, se establecen las conductas del banco que lo exoneran de responsabilidad. V.gr. falla en los equipos computacionales, errores en la transmisión de datos, etc.

10.2.- Concepto de Protesto.- Nuestro legislador ha sido bastante parco en sus previsiones al establecer cuáles son las causas legales que facultan al

banco para rehusar el pago, limitándose a señalar en el art.33 de la ley pertinente que los cheques sólo podrán protestarse por falta de pago.

Han sido la doctrina y principalmente las costumbres bancarias las que se han encargado de precisar cuáles pueden ser los motivos por los que el banco puede justificadamente rehusar el pago.

Podemos definir el protesto de un cheque como un acto solemne cuyo objeto consiste en dejar testimonio de que el documento presentado a cobro no ha sido pagado por el librado. El protesto es obligatorio y un medio insustituible para ejercer la acción judicial de cobro en contra del librador y endosantes. Ninguna diligencia puede suplir la constancia del evento de no pago de un cheque. Así se desprende del art.33, inc.final que establece que si la negativa del pago fuere la falta de fondos, el librado estará obligado a dejar testimonio del protesto sin necesidad de requerimiento ni intervención del portador. En todos los demás casos, deberá siempre hacerlo a requerimiento del portador.

10.3.- Formalidades del protesto de cheques.- A diferencia de la legislación sobre letra de cambio, en la que el legislador se ocupó con bastante detalle de establecer todas las diligencias procesales del acto del acto y del acta de protesto, la ley de cheques mantiene un singular laconismo sobre esta materia. Las formalidades del protesto aparecen indicadas en el inciso 2° del art.33 de la ley, que señala que el protesto se estampará en el dorso, al tiempo de la negativa del pago, expresándose la causa, la fecha y la hora, con la firma del librado, sin que se necesaria la intervención de un ministro de fe.

Por una práctica inveterada de los bancos, se acostumbra extender el acta de protesto en un formato redactado de antemano que se adhiere contiguamente al cheque. No existe ninguna dificultad de estamparlo al dorso del documento, siempre y cuando no sea obstáculo para la lectura de los timbres o endosos, si los hubiere.

Según las instrucciones de la Superintendencia de Bancos, debe indicarse la identificación del titular y el RUT. Si la cuenta pertenece a una persona natural o jurídica y se actúa en ejercicio de un poder de representación legalmente conferido, se debe dejar constancia de la individualización del titular y firmantes.

La actuación del girador con poder de representación en caso alguno le servirá para escudar la responsabilidad penal motivada por sus actos o conductas precedentes, la cual es por esencia personal de quien gira o firma el cheque.

Se supone que el poder de representación ha sido conferido por el mandante para su uso lícito y no para cometer hechos punibles.

Se ha fallado que para los efectos de preparar la vía ejecutiva o interponer la acción penal es irrelevante que el apoderado que suscribe el documento haya dejado de representar legal o voluntariamente el titular de la cuenta, persona natural o jurídica, por cuanto lo que interesa es que el girador a la fecha del protesto aparezca como apoderado ante el banco librado.

Además debe indicarse el domicilio del titular de la cuenta registrado en el banco. No lo exige la ley, sino que se encuentra en la Condiciones Generales del Contrato. Este antecedente sirve para llevar a cabo la gestión de notificación judicial del protesto y conocer de los delitos tipificados en el art.22 de la ley pertinente, conforme lo establece el art.41 fijándose la competencia ante el juez correspondiente precisamente a ese domicilio.

Debe además indicarse la fecha y hora del protesto. Esto es determinante para los efectos del cómputo del plazo para ejercitar la acción civil y la acción penal.

Estas acciones tienen un plazo de prescripción de un año y corren paralelas. Este plazo se aparta de la regla general prevista en el art.95 del Código Penal, cuyo cómputo se cuenta desde la fecha de perpetración del delito, pues en este caso se cuenta desde la fecha del protesto.

El protesto por falta de fondos está afecto al Impuesto de Timbres y Estampillas, con una tasa del 1% sobre el monto del cheque con un máximo de 1 UTM y se carga a la cuenta del titular. No procede este impuesto cuando la cuenta ha sido cerrada respecto de aquellos cheques girados con posterioridad.

Por último, debe contener la firma del apoderado del banco librado con poder suficiente para ello.

Finalmente, cabría agregar que los cheques protestados por falta de fondos y cuenta cerrada forman parte de las nóminas que se remiten semanalmente para ser publicadas en el Boletín Comercial. Se excluyen de esta verdadera sanción de descrédito a la imagen comercial, los cheques en los cuales el protesto aparece motivado por aspectos formales y por orden de no pago.

11.- CAUSALES DE PROTESTO.-

La Ley no distingue las causales y situaciones que motiva el rechazo del cheque, la Superintendencia del rubro y las costumbres y usos bancarios se han encargado de esta materia, distinguiéndose entre causales de forma y de fondo, además se consigna un criterio de precedencia lógica, comenzando con las deficiencias formales.

A.- CAUSALES DE FORMA.-

Si concurren simultáneamente causales de forma y fondo, deben preferirse, en primer lugar, las causales de forma. La razón de esta preferencia radica en que faltando algunos de estos requisitos o conteniéndolos en forma imperfecta, no estamos en presencia de un instrumento que se pueda calificar de cheque, en atención a que el art.13 exige un contenido legal mínimo inderogable.

Existen diferentes causales formales, siendo las más frecuentes las siguientes:

a) Firma disconforme.- El motivo del rechazo será la discrepancia entre la firma registrada en el banco y aquella que aparece rubricando el título. El

banco tiene el deber imperativo de cumplir en forma previa al pago del cheque, el examen de la regularidad formal del documento, asegurándose además de la identidad del portador que posee el título y lo presenta a cobro.

El banco quedará exento de responsabilidad por el pago indebido del cheque si, practicada la verificación habitual, no se advierten “raspaduras, enmendaduras u otras alteraciones notorias (art.16 N°2) y resulta posible concluir que entre la firma auténtica y la falaz existe una razonable semejanza gráfica global. En consecuencia, la ley hace responsable al banco librado cuando la firma del librador sea manifiestamente distinta o “visiblemente disconforme”, esto es, que con un mero examen visual se detecte por los funcionarios de la institución bancaria su falsedad o disconformidad con aquella dejada en poder del banco para su cotejo.

b) Fecha inexistente o falta de fecha de giro.- Así ocurre, por ejemplo, con los meses que tienen un día menos que aquel que consigna el librador, 29 de febrero, 31 de abril, 30 de junio, etc. Sobre esto último cabe señalar que la Superintendencia ha señalado que la fecha de giro puede indicarse de cualquier modo aceptado por los usos sociales, entre los cuales está por ejemplo, el uso de abreviaturas o de números arábigos o romanos. En consecuencia, en tanto no exista duda, el banco debe rechazarlo.

c) Mal extendido.- Bajo este rubro corresponde consignar las discrepancias que pudieran advertirse entre la cantidad girada en letras y la que se consigna en números. Tratándose de una mención expresa, no es posible recurrir a lo dispuesto en el art.6° de la Ley 18.092, aplicable a las letras de cambio, que permite presumir que la cantidad expresada en letras es la que corresponde pagar cuando se advierte disconformidad,

d) Caducidad.- No teniendo ningún otro vicio formal si el cobro del cheque se efectúa fuera de los plazos establecidos en el art.23, el librado procederá a protestarlo por dicha causal.

e) Cheques cobrados después del fallecimiento del librador y titular de la cuenta.

Aquí podemos encontrarnos con dos supuestos diferentes:

i) El primero, relativo al libramiento de un cheque girado con anterioridad al fallecimiento del titular. La Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que si el cheque no presenta inconvenientes formales ni de fondo y hay dinero para atender a su pago, debe procederse a su cancelación. No habiendo fondos, se ha de protestar por esta causal, o por cuenta cerrada, por cuanto el banco se encuentra facultado, una vez comunicado el fallecimiento por algún medio fidedigno, cerrar la cuenta por fallecimiento de su comitente, atendido a que se trata de un contrato basado en la confianza recíproca entre los contratantes, elemento subjetivo que está presente en esta relación, de acuerdo a lo establecido en el art.611 del C.de C., confianza que no se transmite necesariamente a los herederos.

ii) El segundo, cuando se le presenta al banco a cobro un cheque extendido con una fecha posterior al fallecimiento. En este caso el banco librado debe abstenerse de pagarlo y proceder a protestarlo por la causal "Fallecimiento del titular de la cuenta corriente".

B.- REVOCACION DE LA ORDEN DE PAGO.-

Si el cheque no presenta problemas formales y está vigente, pero ha sido revocado bloqueando los fondos disponibles en la cuenta, el banco debe abstenerse de pagarlo y limitarse a protestarlo, dejando constancia en el instrumento de la instrucción recibido de su mandante, ni discriminar si la cuenta dispone o no de los fondos necesarios para su pago.

El banco, como es lógico, queda libre de toda responsabilidad respecto de los perjuicios que pudieran derivarse.

La orden de no pago debe darse por escrito ante que el cheque llegue al banco y sea cobrado, ya que si se da después, el banco queda exento de responsabilidad por los pagos que efectúe.

Puede ser emitida por el titular de la cuenta corriente invocando o no la causal o por el beneficiario o endosatario o actual portador del cheque con el objeto que el banco suspenda el pago del cheque, en este caso, por diez días (art.29).

El art.26 establece los motivos lícitos para que el girador de un cheque pueda dar orden de no pago a un cheque. Solamente en los siguientes casos:

- 1º Cuando la firma del librador hubiere sido falsificada.
- 2º Cuando el cheque hubiere sido alterado con respecto a la suma o a la persona del beneficiario, con posterioridad a la emisión.
- 3º Cuando el cheque hubiere sido perdido, hurtado o robado. Se observará en tales casos lo dispuesto en el art.29.

Las diligencias que señala e art.29 son las siguientes:

- 1) Dará aviso por escrito al librado, quien suspenderá el pago del cheque por 10 días.
- 2) Publicará un aviso del hecho en un diario de la localidad, durante 3 días.
- 3) Requerirá del librador y endosante, dentro del mismo plazo de 10 días, la anulación del cheque extraviado y el otorgamiento de uno nuevo en su favor.
- 4) En subsidio, acudirá al juez para que prohíba al librado el pago del cheque extraviado. El juez resolverá breve y sumariamente, previa caución que garantice las resultas. Esta garantía subsistirá por el plazo de 6 meses, si no se hubiere iniciado litigio al respecto y no hubiere mérito para cancelarla.

Nótese que la Ley sobre Cuentas Corrientes y Cheques contempla un procedimiento de extravío diferente al dispuesto en materia de letra de cambio (art., 88 y siguientes de la Ley 18.092).

Como se advierte, a diferencia de la gestión judicial necesaria para obtener la suspensión del pago de una letra, en el cheque la suspensión la puede solicitar directamente el portador al banco y subsidiariamente puede recurrir ante el juez para que prohíba el pago.

C.- CAUSALES DE FONDO.

Las causales de fondo son la falta de fondos y cuenta cerrada, pudiendo darse el caso que concurren como causales simultáneas que justifiquen el protesto, debiendo el banco considerar solamente una.

Ambos tipos de protesto son elementos idóneos para configurar el delito de giro doloso de cheques.

1) Falta de fondos.- Si en la cuenta corriente no existe provisión de fondos o saldos disponibles suficientes para pagar el cheque, y el banco no está dispuesto a otorgar el crédito o sobregiro, deberá procederse a protestar de oficio el cheque por esta causal (Art.33 inc.3º).

Puede perfectamente redepósito un cheque protestado por falta de fondos y presentarse nuevamente a cobro mientras esté vigente el plazo de presentación, ya que el cheque no pierde su carácter de orden de pago, no obstante su protesto.

Se aplica también la causal de falta de fondos y se protesta de oficio cuando la cuenta corriente está cerrada y la fecha de giro del cheque es anterior a la fecha de cierre de la cuenta y es presentado después del cierre dentro de los plazos de vigencia.

2) Cuenta cerrada.- El cierre de la cuenta puede tener su origen en la voluntad o iniciativa del titular (cierre voluntario) o en un acto unilateral del banco librado.

Nuestra C.S. ha precisado que la frase “cuenta cerrada” comprende a aquellas cuentas corrientes que por voluntad del banco, del librador o de ambos han sido declaradas terminadas y por consiguientemente han dejado de existir, sin que sea posible, entonces, después de acaecido este hecho, considerar siquiera la posibilidad de fundar la negativa del pago en la falta de fondos en cuenta corriente que no existe.

Si se presenta a cobro un cheque girado con posterioridad al cierre de la cuenta, deberá protestarse por “cuenta cerrada”.

12.- GIRO DOLO DE CHEQUES.

Siendo el giro doloso de cheques un delito específico consagrado en el art.22, participa de todos y cada uno de los elementos que integran el delito penal, y que estudia la teoría general del delito.

Por consiguiente, existe una acción típica, antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal, y es sancionado con una pena. Todos estos elementos concurren en el delito de giro doloso de cheques, estudio que escapa a nuestra disciplina, sin perjuicio de referirnos brevemente a ellos.

El delito de giro doloso de cheques consiste en:

- a) girar un cheque sin fondos;
- b) girar un cheque sobre cuenta corriente cerrada;
- c) Girar un cheque con fondos y retirarlos después de expedido;
- d) revocar la orden de pago por causales distintas a las señaladas en el artículo 26 de la ley.

La acción, comportamiento humano, la conducta, se materializa en “girar un cheque”.

En cuanto a **la tipicidad**, en este delito, la acción debe encuadrarse o encasillarse en alguna de las modalidades o tipos legales se encuentran indicadas en el art.22. Si se dan los casos indicados en dicho artículo, conferirán acción penal privada al tenedor del cheque protestado por dichas causales.

La antijuridicidad. El que se emita un cheque en las condiciones del art.22 es un hecho ilícito, que va contra la ley. El librar cheque sin fondos en general reviste una conducta antijurídica, injusta, opuesta al Derecho o a la norma legal. Se transgredí la ley cuando se emite este instrumento de pago, y éste no se efectúa por causas ilícitas o ilegales que usa el girador para que no se cancele.

En cuanto a **la culpabilidad**, este elemento subjetivo del delito se relaciona con la conducta que manifiesta el girador frente a los cheques, y las situaciones o formas de comisión del delito del art.22.

La imputabilidad, es otro de los elementos importantes del delito, es la imputabilidad penal o capacidad penal. Esto es, ser sujeto activo de delito y poder responder a los hechos que ejecuta.

El delito de giro doloso de cheque se comete al girar un cheque sin disponer de los fondos necesarios, o sobre cuenta cerrada, por revocación no autorizada por la ley, pero como condición de procesabilidad exige la ley que se haga una notificación del protesto y que no se consignen los fondos necesarios dentro de tercero día.

El delito se consuma cuando el girador no consigna fondos suficientes para atender el pago del cheque y de las costas judiciales dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se notifica el protesto. Mientras no haya transcurrido el plazo señalado no existe el delito; es un delito de omisión, que se efectúa cuando no se consignan fondos y se deja transcurrir el plazo de tres días.

Según la jurisprudencia, lo que constituye el hecho sancionado por el art.22 no es la mera circunstancia de girar un cheque expedido en alguna de las formas indicadas en ese precepto, sino que además es indispensable, para que se produzca la infracción, que el librador no consigne fondos para atender al pago del cheque y las costas judiciales.

- o0o -