

La mercantilidad formal y su fundamento en el derecho comercial chileno

[Formal commerciality and its foundation in Chilean commercial law]

FRANCISCO BARROS CABEZA

RESUMEN

La mercantilidad formal es una tendencia legislativa que se ha venido dando durante los siglos XX y XXI como respuesta a nivel positivo a una práctica mercantil que, por su propia naturaleza, se encuentra en constante cambio, superando a la norma. Esto ha llevado a encauzar el Derecho comercial chileno en base a las nociones de empresa y empresario, de modo que, actualmente, existen dos fuentes de comerciabilidad: los actos de comercio y los supuestos de mercantilidad formal.

ABSTRACT

Formal commerciality is a legislative trend that has been taking place during the 20th and 21st centuries as a positive response to a commercial practice that, by its very nature, is constantly changing, surpassing the norm. This has led to channeling Chilean commercial law based on the notions of company and entrepreneur, so that, currently, there are two sources of merchantability: commercial acts and assumptions of formal commerciality.

PALABRAS CLAVE

Derecho comercial – Mercantilidad –
Mercantilidad formal – Empresa –
Empresario

KEYWORDS

Commercial law – Commerciality –
Formal commerciality – Company –
Entrepreneur

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El fenómeno de la mercantilidad ha ocupado a los teóricos del Derecho comercial desde sus albores. Su importancia radica, en último término, en cotejar y establecer si una actividad encaja o no dentro de un determinado estatuto jurídico. Recién en la Baja Edad Media se pudo ir distinguiendo –aunque paulatinamente– dos regímenes jurídicos en materia de Derecho privado: el Derecho común (*ius commune*) y un Derecho particular de los comerciantes y agentes del comercio.

Los criterios de mercantilidad han pasado por varias concepciones a lo largo de la historia del Derecho comercial de la tradición jurídica continental. Una primera manifestación surgió en la Edad Media por medio de la figura del comerciante y de los gremios, caracterizándose por ser una visión subjetivista que, como su nombre indica, ponía el acento en la persona que llevaba a cabo la actividad comercial. Además, en lo sucesivo se incluyeron también los criterios prácticos que con el tiempo se fueron asentando en el tráfico jurídico.

Posteriormente, con ocasión del paso de la Edad Media a la Edad Moderna y el acaecimiento de las revoluciones liberales del siglo XVIII, el paradigma de la mercantilidad cambió. Se estableció una concepción objetiva de mercantilidad que, antes de poner el

acento en la persona del comerciante, puso el énfasis en la actividad propiamente tal, con total independencia de la persona que la desempeñara. Lo mercantil pasaría a configurarse silogísticamente, es decir, por la conformidad que existiera entre una conducta material y otra formal.

Así se edificaron los principios fundantes del Código de Comercio francés de 1807 y las construcciones codificadoras que siguieron su espíritu, entre las cuales destaca nuestro actual Código de Comercio, cuya vigencia se cuenta desde el año 1867. Sin embargo, atendiendo a los fenómenos que afectan inherentemente a la legislación comercial, como, por ejemplo, que en cuanto norma jurídica busca tener una vigencia prolongada en el tiempo para ser fuente de certeza y seguridad jurídica, las variables del comercio, es decir, el tráfico mercantil, los sujetos que intervienen en él y la actividad que deben llevar a cabo los segundos para poder participar del primero, han cambiado sustancialmente a aquellos que tenía en mente el legislador decimonónico.

Esto, cabe destacar, puede ser constatado en varios ámbitos del Derecho comercial chileno del siglo XX y XXI, donde el legislador ha dispuesto que existirán algunas instituciones jurídicas que serán *siempre mercantiles* en razón de la *forma* que revisten. En primer lugar, los llamados actos formales de comercio, establecidos como tales en el numeral décimo del artículo tercero del Código de Comercio. En segundo término, en materia de sociedad anónima, a través de lo consagrado en el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.046. En tercer lugar, respecto a la empresa individual de responsabilidad limitada, por medio del artículo segundo de la Ley N° 19.857. En cuarto y último término, en disposiciones relativas a la sociedad por acciones, en particular, el numeral segundo del artículo 425 del Código de Comercio.

Esta última idea de que la ley establezca como consecuencia jurídica la mercantilidad en razón de la forma empresarial con la que un sujeto ha querido revestir jurídicamente su actividad económica, encuentra su justificación en el surgimiento de dos nociones que hoy en día son fundamentales para la economía: la empresa y el empresario. La primera corresponde a la actividad organizada y profesional que desempeña el segundo para satisfacer las necesidades de índole económica que emergen en una sociedad capitalista de mercado.

Es la figura del empresario, en virtud de la empresa que este explota, el sujeto capaz de cumplir con estas necesidades que impone la realidad actual del comercio. Esto motiva a dejar atrás ciertas nociones decimonónicas que, por lo anterior, han caído en desuso, llevando a reestructurar el Derecho comercial contemporáneo para que pueda seguir siendo el conjunto de normas jurídicas que regulan el comercio y los sujetos que intervienen en él.

Este trabajo de investigación tiene por objetivo general el análisis del fenómeno de la mercantilidad formal asociada a ciertas personas jurídicas, que es una tendencia que ha tenido el legislador durante el siglo XX como respuesta a una práctica mercantil que, de la mano con el desarrollo de las tecnologías y la modificación constante de los usos y costumbres comerciales, ha desembocado en complementar al criterio objetivo de mercantilidad, de modo que existirían dos fuentes de mercantilidad vigentes hoy en día en el Derecho comercial chileno: los actos de comercio y las manifestaciones concretas de la mercantilidad formal.

Para esto, se estudiará, en primer término, los distintos criterios de mercantilidad que han existido en la tradición jurídica continental, identificando los rasgos principales de cada uno de ellos y, producto de su contraste, constatar que existe una nueva tendencia en el Derecho comercial chileno, que encuentra directa relación con la mercantilidad formal.

En segundo término, se analizará la legislación comercial chilena en busca de manifestaciones concretas de la mercantilidad formal, a la luz del Derecho positivo y la doctrina, para esclarecer y precisar en cada hipótesis concreta qué es lo que el legislador ha mercantilizado y, por lo tanto, las consecuencias prácticas que derivan de ello.

En tercer término, habiendo constatado la existencia de supuestos de mercantilidad formal en materia empresarial, se analizarán los conceptos de empresa y empresario, en tanto sustrato práctico que justifican el nuevo criterio de mercantilidad que el legislador ha adoptado paulatinamente. Asimismo, se procederá a comparar dichas nociones con las de sociedad y comerciante, con tal de establecer las diferencias entre una y otra.

Este trabajo de investigación tiene como hipótesis la existencia de un criterio de mercantilidad en el Derecho comercial chileno que viene a complementar al decimonónico criterio objetivo de los actos de comercio. Aquél se puede constatar por la regulación legal de determinadas formas jurídicas que pueden revestir a ciertos tipos empresariales, tales como: la sociedad anónima, la empresa individual de responsabilidad limitada y la sociedad por acciones. En general, estos fenómenos responden a una reacción legislativa que ha desembocado en el reconocimiento jurídico de un nuevo sujeto del Derecho mercantil: el empresario, distinto del comerciante, pues se trata de una figura inserta en un contexto económico y jurídico que no guarda relación con las categorías jurídicas del siglo XIX

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE MERCANTILIDAD

1. Mercantilidad subjetiva: los gremios y corporaciones de comerciantes

Para poder entender a cabalidad el concepto de mercantilidad, es menester prevenir que no siempre existió en la tradición jurídica occidental un Derecho propio y estrictamente comercial, regulado en un cuerpo normativo particular. De hecho, los juristas romanos concibieron que aquello no difería del Derecho común, entendiendo que formaba parte de la regulación de los aspectos considerados primarios de las personas, es decir, patrimonio, obligaciones, familia, entre otros¹.

Sin embargo, tras la decadencia del Imperio Romano y el advenimiento de un nuevo sistema político, social y económico representado por el feudalismo, la Alta Edad Media se caracterizaría por concentrar el poder en la figura de los señores feudales, quienes, en un contexto de incertidumbre y temor por parte del pueblo llano frente a los musulmanes y los bárbaros, construirían feudos, es decir, unidades políticas, sociales y económicas autárquicas, minando todo el intercambio comercial que se venía gestando en la época romana. Así es como la tierra pasó a ser el principal objeto de la actividad económica, no las especies muebles, constituyendo, por lo tanto, una economía agraria, cerrada y autosustentable. De hecho, se proscribió el comercio de estas cosas, toda vez que era considerado como inmoral y pecaminoso².

Con todo, paulatinamente el comercio se fue restableciendo gracias al intercambio marítimo, toda vez que el gran riesgo de los comerciantes era precisamente desplazarse y llevar a cabo sus operaciones en tierra, ya que de hacerlo quedaban a merced de bandidos y en general de cualquier otra fuerza que dificultara la actividad. El crecimiento del comercio marítimo llegó a tal magnitud que era inexorable la recopilación formal de los usos y

¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015) 1, p. 24.

² JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Curso de derecho comercial* (2013, 2ª ed., Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2017) 1, p. 16.

costumbres mercantiles que existían, con tal de ordenarlas y sistematizarlas (véase, por ejemplo, Consulado del Mar y Ordenanzas de Bilbao)³.

Es este el primer momento del Derecho comercial, surgiendo como una rama jurídica especial, no sujeta al Derecho común, pues, conforme al desarrollo y constante innovación de las prácticas y usos comerciales, cuyo dinamismo colmó y superó la regulación civil, y la profesionalización de los comerciantes, estos últimos se agruparon en gremios y corporaciones especializadas. Lo anterior es sumamente importante, ya que estos sujetos pudieron establecer por sí y para sí sus propias normas y estatutos jurídicos, además de crear una jurisdicción especial que conociera de las cuestiones que se suscitaban entre ellos, la llamada *jurisdicción consular*. Lo no regulado por este Derecho se regiría por el Derecho común⁴.

En síntesis, esta es la forma primigenia de la mercantilidad en el Derecho comercial, toda vez que, atendiendo a los acontecimientos históricos vividos en la Europa medieval, la actividad comercial fue ejercida únicamente por comerciantes y mercaderes que con el transcurso de los siglos fueron organizándose en distintas entidades que fueron clamando para sí privilegios ante los señores feudales y posteriormente las coronas. Así, era la calidad de la persona que ejercía el comercio de forma profesional, el elemento central a la hora de establecer si las operaciones económicas que estas realizaban estaban o no regidas por un Derecho distinto del Derecho común, siendo, por lo tanto, un Derecho de clase y profesional.

2. Mercantilidad objetiva: el acto de comercio

a) Origen y justificación

Ya en la Baja Edad Media, tras los eventos de las Cruzadas, la caída de Constantinopla, el descubrimiento de América, los fenómenos del Renacimiento y del Humanismo, junto con la gestación y desarrollo de los municipios y las ciudades, floreció la actividad comercial que estuvo diezmada durante medio milenio, surgiendo una nueva clase social, llamada a ejercer esta labor: la burguesía. En palabras de MERELLO ARECCO, el burgués es un hombre desarraigado de la tierra, no adscrito a ella, y que goza de la expresión más visible de la libertad: el moverse de un lado a otro sin sujeción a ningún vínculo dominical. El Derecho feudal o señorial, en consecuencia, no le puede ser enteramente aplicado, ya que su ámbito de vigencia termina al margen del feudo o señorío. En cambio, el mercader requerirá de un nuevo Derecho, adecuado a su actividad, que se apoye en prácticas, usos y costumbres comunes, con independencia del país de donde venga, de manera que sea uno mismo el ordenamiento que les sea aplicado donde quiera que se encuentre⁵.

Ahora bien, producto del surgimiento de la burguesía como una nueva clase social que vino a romper con la sociedad estamental propia de la Edad Media, los gremios y corporaciones especializadas con el tiempo fueron dando paso a organizaciones estamentales y jerarquizadas que férreamente fueron monopolizando el ejercicio del comercio en favor de sus integrantes (en especial, de los maestros), atendiendo a la

³ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 16-17.

⁴ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 62.

⁵ MERELLO ARECCO, Ítalo, *Historia del derecho* (1983, 2ª ed., 2ª reim., Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1989), p. 156.

competencia que les significó la llegada de personas provenientes de otras partes de Europa, Medio Oriente y Asia, ofertando mercancías inexistentes hasta ese momento⁶.

La actitud proteccionista que adoptaron las organizaciones de comerciantes, en orden a ir restringiendo el comercio formal solamente para sus miembros, llevó a que fueran duramente criticados por los autores ilustrados en los siglos posteriores al fin del Medioevo, al punto que, en el contexto de las revoluciones liberales (siglo XVIII, principalmente), el fin de las monarquías absolutas y el inicio de los Estados republicanos, se impusiera la idea de poner término a la concepción subjetivista del Derecho comercial, atendiendo a los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley y la libertad económica⁷.

Para lograr extirpar todo vestigio de subjetivismo en materia comercial, se dictaron códigos de comercio (en Prusia, en el año 1794; en Francia, en el año 1807; en España, en el año 1829; en Portugal, en el año 1833; y, en Países Bajos, en el año 1838)⁸. Esto se produjo en una época en que el movimiento de la codificación alcanzó su mayor esplendor, toda vez que se quería lograr una igualdad formal entre todas las personas, lo que pugnaba con el Derecho de clase que imperó en la Edad Media. Así las cosas, se dejó de poner el acento en la persona que ejerce la actividad económica para, en cambio, otorgarle el protagonismo a esta última, terminando por imponerse la doctrina de los *actos de comercio*, esto es, conductas tipo establecidas en la ley que de ser realizadas por una persona, comerciante o no, traen como consecuencia el que dicho sujeto se somete a la ley comercial.

Cabe destacar, sin embargo, que el cambio de cosmovisión sobre el criterio mercantilizador en el Derecho comercial en esta época obedeció en verdad a la intención de evitar que los tribunales de comercio fueran vistos como un fuero reservado para un grupo social determinado, es decir, los comerciantes⁹. Se buscó delimitar la competencia de estos juzgados en base a un criterio objetivo, esto es, los *actos de comercio*, con independencia de quién los ejecutase. En otras palabras, se quiso evitar la existencia de una jurisdicción de clase, por lo que el establecimiento de los *actos de comercio* tuvo una estricta finalidad procesal en cuanto criterios delimitadores de competencia de los tribunales de justicia¹⁰.

En el caso chileno, como nuestro Código de Comercio está inspirado en el Código de Comercio francés de 1807, se interpretó que los *actos de comercio* no eran criterios delimitadores de competencia con naturaleza estrictamente procesal, sino, más bien, se les consideró como una categoría sustantiva o material en base a la cual se pudiera dirimir un juicio, pasando a ser considerados como *normas decisoria litis*¹¹. Ahí pues el origen del artículo tercero del Código de Comercio¹².

⁶ MERELLO ARECCO, Ítalo, cit. (n. 5), pp. 155-156.

⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 19, 69.

⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 22.

⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 70.

¹⁰ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 70.

¹¹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 70.

¹² Por lo demás, el origen de la figura del *acto de comercio* como una categoría formal que determina la competencia de los tribunales, partía de la base de la existencia de juzgados de comercio en cuanto judicatura especializada. Este tipo de tribunales no existe materialmente en Chile, a pesar de declaraciones como las que hacen, por ejemplo, los artículos cuarto y quinto, ambos del Código de Comercio.

b) *Concepto de acto de comercio y características de la concepción objetiva del Derecho comercial*

Siguiendo a SANDOVAL LÓPEZ, el acto de comercio, en cuanto objeto del Derecho comercial que resulta de la Revolución Francesa, es todo negocio u operación sobre bienes muebles, realizado mediante intermediación o calificado por la ley como tal por la sola forma que asume, con propósito lucrativo¹³. Como corolario, esta definición destaca los rasgos principales del acto de comercio: tiene por objeto bienes muebles; intermediación entre productores y consumidores, o bien, un carácter formal que prescinde de causa, objeto y personas intervinientes; y, el ánimo de lucro¹⁴.

En cuanto a las características de la concepción objetiva del Derecho comercial, en primer lugar, se trata de una concepción legalista, puesto que se busca que sea la ley, como declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite¹⁵, la que establezca en virtud de su carácter general y obligatorio los actos llamados de comercio. Esto es así pues se quiso evitar –como anteriormente se apuntó– un Derecho de clase, esto es, que la normativa comercial se aplicara solamente a un conjunto acotado de sujetos atendiendo meramente a su calidad, atentando contra el principio de igualdad (formal).

El carácter legalista se manifiesta también en el principio de separación de poderes y en su correlato de que le es prohibido al juez crear Derecho, debiendo, según SAVIGNY, vincularse estrechamente a la literalidad de la ley¹⁶ y evitar una jurisdicción de clase. Esto último trae una serie de consecuencias a nivel de interpretación jurídica que no es conveniente tratar aquí¹⁷.

En segundo lugar, es liberal, en el sentido de que aboga por la libertad de comercio y la libertad de empresa. En otras palabras, se buscaba que el comercio y toda la actividad que él conlleva fuera de libre acceso para todas las personas, no única y exclusivamente para un grupo determinado¹⁸.

En tercer y último lugar, se trata de una concepción burguesa que buscó huir del Derecho de clase y, por tanto, de un comercio exclusivo. Fue gracias a la aparición de esta clase social, su posterior desarrollo y establecimiento, lo que permitió sentar las bases de un régimen político, social y económico que se alejara de los personalismos, entre ellos, el de los gremios y corporaciones. Además, y en concordancia con el punto anterior, fueron los burgueses los que buscaron la instauración de una economía privatizada sin intromisión estatal en ella, donde se le diera un mayor protagonismo a la propiedad.

¹³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 59.

¹⁴ Sin embargo, y como veremos con posterioridad, una de las principales críticas que se le hacen a la concepción objetiva es que ella misma reconoce la imposibilidad académica y teórica de alcanzar un concepto de acto de comercio plenamente correcto y exento de problemáticas de orden ontológico. De hecho, el mismo Mensaje del Código de Comercio señala que: “Entre las disposiciones generales se encuentra también la que trata de los actos de comercio [...] y mediante la colocación que se les ha dado, se ha evitado la justa crítica dirigida a los códigos que se han reservado la importante noción de estos actos para la ley que reglamenta la competencia de los juzgados de comercio. 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”.

¹⁵ Artículo primero del Código Civil de Chile. Como se verá a continuación, este cuerpo normativo y el de Comercio pertenecen a la tradición jurídica continental y fueron formulados producto de los movimientos de codificación. Ahí la razón por la cual adoptan los postulados legalistas y liberales.

¹⁶ KAUFMANN, Arthur *et alii*, *El pensamiento jurídico contemporáneo* (trad. del alemán de María Virginia Martínez Bretones y Gregorio Robles Morchón, Madrid, Editorial Debate, 1992), p. 112.

¹⁷ A mayor abundamiento, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del “código civil” de Chile sobre interpretación de las leyes* (2011, 2ª ed., Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2015).

¹⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 69.

c) *El criterio objetivo de mercantilidad en Chile*

Como es bien sabido, nuestro Código de Comercio data del año 1865 y entró en vigencia el 1 de enero de 1867. En el Mensaje que envió el Ejecutivo al Senado y a la Cámara de Diputados para su aprobación, se manifestó explícitamente que durante el período de la colonia se aplicaron las disposiciones de varios cuerpos normativos hispánicos (entre otros, la Recopilación de Indias, Castellana y las Siete Partidas), los que estaban muy lejos de armonizar con los principios que ha proclamado la República en su gloriosa emancipación, de satisfacer las nuevas y crecientes necesidades de nuestra vida social, y mucho menos de favorecer los intereses que debíamos promover, para ocupar un puesto honroso entre las naciones civilizadas¹⁹.

En particular, el Mensaje se pronuncia sobre los actos de comercio, señalando que ofrecen la base más amplia y segura de la jurisdicción mercantil, además de que, el Proyecto, “[H]a 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”²⁰.

Además, y a propósito de la obligación del comerciante de conservar sus libros, el Mensaje menciona los Códigos de Comercio francés, holandés, portugués y el de Buenos Aires, lo que nos permite deducir que nuestro Código de Comercio se construyó en base a dichos cuerpos normativos que, a su vez, fueron resultado de los procesos de codificación.

Recordemos que la codificación como movimiento pregonaba que el Derecho estuviera contenido en leyes, denominadas *códigos*, que regularan de forma acabada y sistemáticamente una determinada materia, siendo aplicables a todo un pueblo de sujetos jurídicos formalmente iguales, teniendo, por lo tanto, una pretensión de totalidad o perfección en su regulación del caso genérico, sirviendo derechos individuales y protegiendo de la interferencia gubernamental²¹.

El Código de Comercio, en su artículo primero, establece que: *“Rige las obligaciones de los comerciantes que se refieran a operaciones mercantiles, las que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, y las que resulten de contratos exclusivamente mercantiles”*.

Se trata de una disposición sumamente importante, pero imprecisa, puesto que lleva a equívocos, como, por ejemplo, que su ámbito de aplicación no comprendería las obligaciones de los comerciantes que no se refieran a operaciones mercantiles, o bien, las obligaciones accesorias que contraigan comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones principales de carácter comercial. De hecho, si nos quedáramos solamente con el enunciado del artículo en examen, se podría concluir que se tiene en especial consideración la calidad del sujeto (si es o no comerciante), lo cual es propio de un Derecho comercial de clase y profesional. Además, parecería uniformar la mercantilidad en los contratos exclusivamente mercantiles, en orden a aplicar para todas las partes la ley comercial.

Sin embargo, el artículo tercero del cuerpo legal en cuestión aclara y soluciona las problemáticas constatadas anteriormente. En efecto, establece que: *“Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos”*. Así es como nuestro Código de Comercio abraza explícitamente la concepción objetiva de la mercantilidad, disponiendo

¹⁹ Mensaje del Código de Comercio de Chile.

²⁰ Mensaje del Código de Comercio de Chile.

²¹ CARVAJAL ARENAS, Lorena, *La codificación del derecho comercial chileno y sus ejes*, en RDPUCV, 44 (2017) 1, pp. 83-84.

que el objeto del Derecho comercial chileno sería, en principio, única y exclusivamente, los actos de comercio enumerados en su artículo tercero²².

Finalmente, otra disposición del Código de Comercio que permite superar el oscurantismo que ofrece el artículo primero es el artículo octavo, el cual dispone que: “*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*”. Esta norma es de suma importancia, puesto que establece que la calidad de la persona que ejecuta el acto de comercio no es – aparentemente – importante para el análisis de la mercantilidad, sino solo lo es para esclarecer si el sujeto en cuestión es o no comerciante para efectos de las obligaciones a los que están sujetos, como, por ejemplo, inscribir ciertos documentos y llevar contabilidad fidedigna.

d) Críticas al criterio objetivo de mercantilidad existente en Chile

i) Concepto de acto de comercio: Esta es la crítica más frecuente que se le puede formular a la concepción de mercantilidad objetiva, puesto que no se define legalmente lo que es un acto de comercio, sino simplemente se enumera un listado de conductas abstractas cuya comisión importa la aplicación del Derecho comercial. En otras palabras, el objeto mismo del Derecho comercial según esta tesis no está definido, sino, más bien, se encuentra diseminado en la ley en múltiples manifestaciones que el intérprete debe cotejar para poder así alcanzar un concepto doctrinal²³.

Esta cuestión, por lo demás, no sucede en otras ramas del Derecho. Por ejemplo, véase *contrato*, en el Derecho civil, definido en el artículo 1438 del Código Civil; *acto administrativo*, en el Derecho administrativo, conceptualizado por el artículo tercero de la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; *trabajador, empleador, contrato individual y colectivo de trabajo*, en el Derecho del trabajo, conceptos establecidos en los artículos tercero y sexto del Código del Trabajo; *sentencia definitiva e interlocutoria*, en el Derecho procesal, términos que aborda el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil; *delito*, en el Derecho penal, que es la materia del artículo primero del Código Penal.

Sin embargo, esta imposibilidad –advertida desde ya en el Mensaje del Código de Comercio– obedece a la naturaleza misma del comercio, de carácter dinámico, desformalizado e inmediato, que por ser una actividad humana está condicionada por los usos y las costumbres que se dan en la práctica, que no tienen otro objeto más que facilitar las operaciones económicas²⁴. Es por lo mismo que el Derecho comercial está destinado a

²² Cabe destacar que la tesis en virtud de la cual los actos de comercio se encuentran exclusivamente en el artículo tercero del Código de Comercio, es materia de discusión en la doctrina. Esta cuestión se abordará a propósito de las críticas que la doctrina plantea respecto a la institución de los actos de comercio.

²³ En otras palabras, como el legislador no dispone expresamente qué es un acto de comercio y se limita a establecer conductas que son parte de esa categoría, un tratamiento hermenéutico sobre la materia debería propender a estudiar cada una de estas manifestaciones concretas, extraer elementos y características comunes entre sí para, finalmente, poder entender qué aspectos tiene un acto de comercio en abstracto. Por ejemplo, de la lectura de los numerales 14° a 19° del artículo tercero del Código de Comercio, puede arribarse a la conclusión de que “El mar mercantiliza los actos y contratos”, atendiendo especialmente al numeral 16°, cuyo tenor establece que: “*Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos, (...) y demás contratos concernientes al comercio marítimo*”.

²⁴ En este sentido, la doctrina ha dicho que el Derecho comercial es una de las disciplinas jurídicas cuyo desarrollo y evolución se está produciendo casi a la par de los progresos del mundo, gracias a la agilidad con que han reaccionado algunos legisladores frente a los requerimientos que plantea la realidad económica compleja, siendo esta rama del Derecho que se caracteriza por ser progresiva y uniforme. Sobre el particular, véase SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 17.

ser una rama del Derecho en constante evolución, tendiendo a destrabar las dificultades que se susciten con ocasión de las actividades de cambio.

ii) Taxatividad del artículo tercero del Código de Comercio: Por la forma en que está redactado el encabezado de la norma en cuestión (“*Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos*”), no está claro *prima facie* si las tipificaciones que siguen a dicho enunciado son *numerus clausus* o, por el contrario, se trata de un caso de *numerus apertus*.

Aquellos que defienden la taxatividad aluden a la naturaleza de orden público del artículo tercero, toda vez que importa la aplicación de distintos regímenes jurídicos (civil o comercial)²⁵ y, principalmente, porque el Código de Comercio chileno pertenece a la tradición codificadora que tenía un recelo sumamente férreo a la creación, modificación o extinción de institutos jurídicos fuera del campo de la ley, lo que podría producirse por el vehículo de la analogía²⁶.

Por otro lado, quienes estiman que el catálogo en cuestión tiene un carácter meramente enunciativo, apelan a los caracteres del comercio (dinámico, desformalizado e inmediato), que hacen que se trate de un objeto que constantemente escapa de la regulación que sobre él ejerce el Derecho. Así las cosas, una manera de rescatar la vigencia de la ley (entiéndase en este caso, el Código) es concebir que los actos de comercio no se restringen solamente a los numerales establecidos en un determinado tiempo, ya sea porque la misma ley puede establecer otros, o bien, el intérprete puede construirlos a partir de la herramienta de la analogía²⁷.

En nuestra opinión, apelando a un recurso hermenéutico y teniendo presente el mensaje del Ejecutivo, puede extraerse de la lectura de dicho mensaje que la intención del legislador fue la de establecer un catálogo taxativo de actos que por voluntad del legislador iban a ser considerados como comerciales, no dando lugar, por lo tanto, a la creación ni analógica ni casuística de actos de comercio²⁸. Sin embargo, y conforme al adagio jurídico de que *las cosas se deshacen de la misma forma en que hacen*, el legislador en un momento posterior perfectamente podría consagrar en virtud de una ley, que un acto, contrato, persona jurídica u objeto, sean mercantiles, rompiendo con la idea de taxatividad que se quiso originalmente que tuviera el artículo tercero del Código de Comercio. Por lo demás, la ley solamente dispone que “[...] *son actos de comercio*”, y no, por ejemplo, que, “[...] *son solo*” o “[...] *son exclusivamente*”.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina, reconociendo el carácter taxativo de la norma, ha señalado que ello no obsta o no debe entenderse que la interpretación que se haga de ella deba ser restringida o literal²⁹. Por ejemplo, se postula que, por una parte, existen numerales en el artículo tercero del Código de Comercio cuya redacción es tan extensa que rompe con la lógica de *numerus clausus*, como, por ejemplo, el numeral quinto, al establecer: “[...] *y otros establecimientos semejantes*”³⁰. Por otra parte, el principio de lo accesorio implica que una actividad, aunque no sea de aquellas que el Código de Comercio consagra

²⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 102.

²⁶ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 105.

²⁷ Por todos, BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Tratado de derecho comercial* (2003, 4ª ed., Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008), I.

²⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 90-91.

²⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 116.

³⁰ Otro ejemplo vendría a ser el numeral 16º del artículo tercero, cuyo tenor es el siguiente: “*Los fletamentos, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo*”.

como mercantil, si accede a otra principal de naturaleza comercial, se impregnará de mercantilidad.

3. Mercantilidad formal

a) Origen y justificación

Habiendo analizado los criterios subjetivo y objetivo de la mercantilidad, es menester exponer una nueva óptica en la materia, esto es, la mercantilidad formal. Para entender su surgimiento y desarrollo, se debe tener presente el contexto económico y jurídico que se ha venido dando desde el siglo XX.

En cuanto al contexto económico, sin lugar a duda el hallazgo y explotación de nuevas materias primas y la introducción de la tecnología, han significado una diversificación de las actividades económicas a que las personas pueden dedicarse, toda vez que la cadena productiva encuentra nuevos y más variados eslabones. Así es como las personas pueden involucrarse de una forma más directa con el comercio, facilitándose el acceso a él. Así las cosas, es del todo lógico concluir que el Derecho comercial deba regular los nuevos fenómenos que se van dando lugar. En otras palabras, como la tecnología crece y se desarrolla a un ritmo tan acelerado, y el objeto del comercio y los usos y costumbres presentes en este evolucionan continuamente, la norma no puede permitirse permanecer estática y dejar materias fuera de su ámbito de aplicación.

Un primer atisbo de la mercantilidad formal puede encontrarse en la introducción de los llamados actos formales de comercio en el numeral décimo del artículo tercero del Código de Comercio, por la Ley N° 18.092, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1982. La redacción de esta norma en el contexto del artículo tercero del Código mercantil es sumamente llamativa, pues establece que cualquiera sea la causa, objeto o las personas que intervengan, las operaciones sobre determinados documentos mercantiles serán comerciales. Esto implica que estas actividades son autónomamente mercantiles, esto es, que son actos de comercio por sí mismas, no debiendo analizarse si lo son únicamente para una de las partes o para ambas. Por lo tanto, las operaciones que recaigan sobre determinados documentos mercantiles, atendiendo la forma que estos adoptan, son comerciales.

Por otra parte, frente al surgimiento de nuevos tipos de emprendimiento, el Derecho se ha visto en la necesidad de regular este tipo de actividades, de modo tal que, considerando el contexto de mercado y la obsolescencia de las categorías jurídicas decimonónicas, ha establecido que por la forma jurídica que los empresarios decidan revestir a su empresa, se aplicará la legislación mercantil, ya sea, por un lado, consagrando que la persona jurídica que nace del acto de constitución de que se trate sea comercial; o bien, que la propia actividad explotada se considerará para efectos del Derecho mercantil como comercial. A este fenómeno se le denomina mercantilidad formal, que constituye el objeto principal de este trabajo de investigación.

Manifestaciones de las hipótesis señaladas anteriormente pueden encontrarse en materia de sociedad anónima, empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad por acciones, formas jurídicas que el legislador ha consagrado para que los empresarios, de acuerdo con sus intereses, opten en cuanto ropaje jurídico que revista a su empresa.

b) Consecuencias

A propósito de la mercantilidad formal presente en materia empresarial, cuando se encuentra en la legislación una disposición que establece que una institución jurídica es

mercantil por haberse revestido jurídicamente de una determinada forma, pueden apreciarse una serie de consecuencias.

A continuación, veremos algunas consecuencias que, si se quiere, son de orden práctico.

i) Declaración de quiebra y condición de deudor calificado³¹: Antes del establecimiento de la Ley N° 20.720, de 2014, que sustituyó el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, el Libro IV del Código de Comercio regulaba la situación de la quiebra.

En lo pertinente, el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio consagraba que: *“Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos”*. Luego, el primer caso señalaba, *“[...] cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo”*.

Como podrá apreciarse, la cuestión interpretativa en este caso era el supuesto del deudor que ejercía una actividad comercial. Sumamente importante en la práctica era lo que acontecía en materia de sociedades anónimas, pues el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981, señala que: *“La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil”*. Lo relevante dice relación con la problemática sobre si la naturaleza mercantil de una sociedad, por forma mercantiliza o no todos sus actos, pues de ser afirmativa la respuesta, durante la vigencia del Libro IV del Código de Comercio se tendría que haber aplicado a toda sociedad anónima, por el hecho de revestirse jurídicamente de dicha forma, el estatuto diferenciado del deudor calificado, ya que se mercantiliza toda su actividad³².

ii) Hecho gravado del impuesto al valor agregado: El Decreto Ley N° 825, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 31 de diciembre del año 1974, denominado Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, establece en su Título II, del Impuesto al Valor Agregado, un Párrafo 1°, cuyo artículo octavo dispone que *“El impuesto de este Título afecta a las ventas y servicios”*. Además, señala que: *“Para estos efectos serán consideradas también como ventas y servicios según corresponda”*, y en la letra g), se consagra como hecho gravado: *“El arrendamiento, subarrendamiento, usufructo o cualquiera otra forma de cesión del uso o goce temporal de bienes corporales muebles, inmuebles amoblados, inmuebles con instalaciones o maquinarias que permitan el ejercicio de alguna actividad comercial o industrial y de todo tipo de establecimiento de comercio”*.

Esto es importante, puesto que, por ejemplo, el artículo 425 N°2 del Código de Comercio, establece que el objeto de cualquier sociedad por acciones será siempre considerado mercantil. Concordando esta norma con la disposición de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, *prima facie* podría concluirse que toda actividad que realice este tipo de sociedad, que comprenda cualquier forma de cesión del uso o goce temporal de bienes corporales muebles, inmuebles amoblados, inmuebles con instalaciones o maquinarias que permitan llevar a cabo el objeto de la sociedad por acciones, debería estar gravado con el impuesto en comento. Lo anterior, cabe destacar, sería siempre y cuando se actúe dentro del objeto y giro de la entidad.

³¹ Este tópico es para efectos netamente históricos, pues la Ley N° 20.720, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 2014, derogó el Libro IV del Código de Comercio.

³² ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Significación de la atribución de mercantilidad a las sociedades anónimas: un comentario jurisprudencial*, en *Revista Ius et Praxis*, 15 (2009) 1, pp. 420-421.

iii) Pago de patente municipal: El Decreto Supremo N° 2.385, de 1996, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 1996, fija el texto refundido y sistematizado del Decreto Ley N° 3.063, sobre rentas municipales. Sobre el particular, su artículo 23 establece que: *“El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal”*.

Por ejemplo, si se sostuviera a la luz del artículo primero de la Ley N° 18.046, que todos los actos que una sociedad anónima realizase fueran mercantiles por el hecho de estar la empresa revestida jurídicamente de ese manto, debería concluirse que siempre y para todo caso, una sociedad anónima estaría obligada legalmente a pagar una patente municipal, toda vez que estaría ejerciendo una actividad comercial.

iv) Obligaciones del comerciante: El Título II del Libro I del Código de Comercio, establece las obligaciones que debe cumplir todo comerciante. Estas obligaciones son dos: inscribir ciertos documentos en el registro de comercio y llevar contabilidad mercantil.

El artículo 22 del Código de Comercio enumera los documentos que deben inscribirse. Dentro de ellos se comprende un conjunto que son propios del Derecho de familia (por ejemplo, capitulaciones matrimoniales, sentencias de divorcio o separación de bienes, entre otros) y otros netamente comerciales, como, por ejemplo, las escrituras de sociedad y los poderes que los comerciantes otorgaren a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios.

El artículo 25 del Código de Comercio enumera los libros que todo comerciante está obligado a llevar para su contabilidad y dependencia. Ellos son cuatro: diario, mayor o de cuentas corrientes, de balances y copiador de cartas. En los artículos siguientes el legislador establece las obligaciones de los comerciantes respecto de dichos libros.

A su turno, el artículo 16 del Código Tributario establece que, en los casos en que la ley exija llevar contabilidad, los contribuyentes deberán ajustar los sistemas de esta y los de confección de inventarios a prácticas contables adecuadas, que reflejen claramente el movimiento y resultado de sus negocios. En otras palabras, la obligación que impone el Código de Comercio, en orden a que los comerciantes deban llevar contabilidad, significa que, en vistas de la legislación tributaria, dicha obligación tiene como correlato llevar, además, una contabilidad tributaria, respecto de los comerciantes.

Por lo tanto, si la ley establece un supuesto de mercantilidad formal respecto a la persona jurídica que nace a la vida del Derecho producto de un acto de constitución, como sucede, por ejemplo, en materia de sociedad anónima (*“La sociedad anónima es una persona jurídica [...] La sociedad anónima es siempre mercantil...”*), lo que está haciendo el legislador es consagrar que se tratará de un comerciante y, como tal, deberá cumplir con sus obligaciones legales.

v) Prescripción: El artículo 96 del Código de Comercio dispone que las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece el Código de Comercio. Se trata de la supletoriedad del Código Civil en materia de obligaciones y contratos dentro del ámbito comercial, conforme, además, a lo que establece el artículo segundo del Código de Comercio.

El artículo 822 del Código de Comercio establece que la prescripción de acciones mercantiles que no tengan señalado un plazo especial para tal efecto, corresponderá a

cuatro años³³. El inciso segundo de dicha disposición consagra que las prescripciones establecidas en el Código de Comercio corren contra toda clase de personas.

El Código Civil, en el párrafo tercero del Título XLII de su Libro IV, establece en el artículo 2515 que el tiempo de la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias. El inciso segundo de la disposición citada consagra que la acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos.

Finalmente, a nuestro entender, como el Código de Comercio no contempla normas generales referentes a interrupción o suspensión de los plazos de prescripción, en materia de obligaciones mercantiles, se aplican, por vía artículo segundo de dicha norma, las reglas del Código Civil, artículos 2514 en adelante³⁴.

Por ejemplo, si una sociedad por acciones celebrara un contrato dentro de su objeto social, incumpliendo la prestación a que se obligó, su co-contratante, en vistas del numeral segundo del artículo 425 del Código de Comercio, que establece que “... *El objeto de la sociedad [...] será siempre considerado mercantil...*”, y el artículo 822 del mismo cuerpo normativo, mencionado anteriormente, se podría llegar a la conclusión que dicho contrato, como dice relación con el objeto del tipo social en cuestión, es de carácter mercantil, y, por lo tanto, si no tuviere establecido un plazo de prescripción específico en la ley, se entendería que sería de cuatro años, y no de tres o cinco años por aplicación del artículo 2515 del Código Civil. Sin embargo, hay que tener presente que el artículo 424 del Código de Comercio, en su inciso segundo, consagra la supletoriedad del estatuto jurídico de las sociedades anónimas cerradas en materia de sociedad por acciones, por lo que habría que tener presente los plazos de prescripción que estatuye la Ley N° 18.046. Si no hubiera un plazo de prescripción en dicho cuerpo normativo, se aplicaría el artículo 822 del Código de Comercio.

vi) Prueba testimonial: El Código Civil establece en su artículo 1708 que: “*No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito*”. Su artículo 1709 complementa lo anterior, disponiendo que: “*Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias*”. Luego, su inciso segundo declara que: “*No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma*”.

En cambio, el artículo 128 del Código de Comercio no considera las limitaciones a la admisibilidad de la prueba de testigos contenidas en las normas citadas anteriormente. Sobre el particular, establece que, “*La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública*”. Así, la única limitación para la prueba testimonial en sede mercantil es que la obligación sea de aquellas que ameritan constar en escritura pública.

³³ Por ejemplo, el artículo 98 de la Ley N° 18.092 establece que 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.

³⁴ El Código de Comercio establece normativa específica en materia de interrupción y suspensión de plazos de prescripción en su Libro III, *De la navegación y comercio marítimos*. Fuera de dicho Libro, hay normativa de interrupción a propósito de la prescripción de las acciones procedentes de la sociedad colectiva mercantil (artículo 420) y en materia de seguros, respecto de la prescripción que corre contra el asegurado (artículo 541, inciso segundo).

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 129 del Código de Comercio dispone 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”*.

Por lo tanto, en sede mercantil no se manifiesta el recelo que tiene el legislador civil a la declaración de testigos, de modo que, por ejemplo, si una sociedad por acciones celebra un contrato por escritura pública que dice relación con su objeto social, lo incumple y es demandada, en el procedimiento judicial el tribunal podrá admitir la prueba testimonial de que se trate, pues todas las actividades que realice la empresa dentro de su giro serán siempre mercantiles y, por lo tanto, constituirán negocios mercantiles para los efectos de la normativa que establece el Código de Comercio en materia de admisibilidad de la prueba de testigos.

vii) Valor probatorio de escrituras privadas: El artículo 1703 del Código Civil establece que: *“La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal”*.

En cambio, el artículo 127 del Código de Comercio dispone que: *“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”*.

El Código Civil establece la regla general de que los instrumentos privados no tienen valor probatorio respecto de terceros por la sola circunstancia de su suscripción. Para ello debe fallecer alguna de las personas que lo han firmado; debe haber sido copiado el instrumento en registro público; debe haberse presentado en juicio; o debe haber tomado razón de él o inventariado un funcionario competente. Sin embargo, el Código de Comercio dispone que por el solo hecho de que las escrituras privadas guarden uniformidad con los libros de los comerciantes, aunque no se trate de las hipótesis que consagra el Código Civil, tendrán ellas mérito probatorio respecto de terceros.

Por lo tanto, si una empresa individual de responsabilidad limitada celebra un contrato en virtud de una escritura privada, por el solo hecho de que ella guarde uniformidad con los libros que lleve en cuanto comerciante, se entiende que tendrá fecha cierta respecto de terceros, atendiendo al artículo 127 del Código de Comercio y al artículo segundo de la Ley N° 19.857, de 2003, publicada en el Diario Oficial el 11 de febrero de 2003. Esta última norma establece que: *“La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica [...], es siempre mercantil y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto [...]”*. Como se verá a continuación, se entiende por esta disposición que se está en presencia de un comerciante, pues es una persona jurídica siempre mercantil, sometida al Código de Comercio cualquiera sea su objeto.

II. MANIFESTACIONES DE LA MERCANTILIDAD FORMAL EN EL DERECHO COMERCIAL CHILENO

1. Aspectos generales

La mercantilidad formal tiene entre sus principales características tener una pretensión de universalidad. Esto quiere decir, en otras palabras, que en las hipótesis en que se presenta, busca que su ámbito de aplicación abarque la mayor cantidad de supuestos

posibles, con tal de que el intérprete-operator jurídico no entre en un examen acabado sobre si la ley mercantil tiene o no vigencia sobre el caso particular.

Cabe destacar que los casos que se expondrán a continuación encuentran su sustento normativo en leyes de la República que han entrado en vigencia durante la última parte del siglo XX y principios del siglo XXI. Esto es de extrema relevancia de constatar, puesto que es una manifestación del cambio conceptual que ha tenido el legislador chileno sobre la materia del Derecho comercial, es decir, por un lado, suprimir el análisis casuístico que promueve el Código de Comercio, y, por otro, resaltar que actualmente el principal sujeto de la rama jurídica en comento no es ya solamente un comerciante, sino un empresario, el cual, en un contexto de mercado y un tráfico jurídico entre ausentes y al por mayor que demanda satisfacer necesidades económicas en masa o en serie, debe desarrollar una actividad de empresa, organizada y profesional.

Además de analizar los revestimientos jurídicos que establece el legislador para que el empresario envuelva a su actividad empresarial, es menester estudiar el numeral décimo del artículo tercero del Código de Comercio, pues la doctrina ha entendido que se trata de una hipótesis donde la mercantilidad es inherente desde el punto de vista ontológico, de modo que la ley consagra que se comercializan todas las operaciones que recaigan sobre ciertos documentos mercantiles, independientemente de las personas que intervengan en ellas.

2. Manifestaciones concretas de la mercantilidad formal en el Derecho comercial chileno

a) Numeral décimo del artículo tercero del Código de Comercio

El numeral décimo del artículo tercero del Código de Comercio establece que: “*Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos, 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 en ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio*”³⁵.

Lo primero a destacar sobre esta norma es el evidente error en la redacción que plantea respecto al encabezado del artículo tercero, pues este último establece que los actos de comercio pueden ser mercantiles para ambos contratantes o solo para uno de ellos. En cambio, el numeral décimo plantea que, son actos de comercio, las operaciones que recaigan sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio. Por lo tanto, estas operaciones serán comerciales para ambas partes, tratándose de actos formales de comercio, pues no cabe aquí aplicar la regla de los actos mixtos o de doble carácter ni tampoco la teoría de lo accesorio.

El segundo punto a destacar sobre el particular es que lo mercantil en esta hipótesis son las operaciones realizadas sobre dichos títulos, documentos y remesas de dinero. SANDOVAL LÓPEZ señala que, la naturaleza comercial de estos actos proviene de la forma que ellos asumen en los títulos-valores cuya prestación consiste en el pago de una suma de dinero, denominándose estos últimos títulos de crédito³⁶. Por su lado, JEQUIER LEHUEDÉ conceptualiza a estas operaciones como el conjunto de actos jurídicos que pueden celebrarse o ejecutarse en, sobre o en torno a los títulos y documentos señalados en la norma en cuestión, sin que ello pueda extrapolarse a la relación fundamental o

³⁵ Esta norma fue modificada por el artículo 108 de la Ley N° 18.092, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1982, referente a nuevas normas sobre letras de cambio y pagaré.

³⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 104.

subyacente que origina el libramiento, emisión, giro o remesa, en su caso³⁷. En otras palabras, la mercantilidad se predica respecto de las operaciones sobre los títulos y documentos en comento, no así respecto de las obligaciones cartulares incorporadas a ellos ni las relaciones jurídicas subyacentes que se realicen con o mediante los mismos³⁸.

Aclarados estos aspectos preliminares, es menester separar el estudio de esta disposición en cinco tipos de operaciones mercantiles que pueden realizarse, en base al documento respectivo, con tal de poder tener una intelección adecuada sobre la norma en cuestión.

i) Operaciones sobre letras de cambio: El antiguo artículo 632 del Código de Comercio conceptualizaba a la letra de cambio como, un mandato escrito, revestido de las formas prescritas por la ley por el cual el librador ordena al librado pagar una cantidad de dinero a la persona designada o a su orden. Sin embargo, esta norma fue derogada por la entrada en vigencia de la Ley N° 18.092, que no incluye un concepto, sino enumera sus requisitos (artículo primero).

Cabe mencionar que la letra de cambio nació como una institución accesoria al contrato de cambio (artículo 620 del Código de Comercio), y más específicamente como medio de ejecución y prueba del mismo. En virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.092, ha cambiado su naturaleza jurídica, constituyendo un medio de pago y de circulación del crédito a través del endoso³⁹.

Es necesario precisar las personas que intervienen en la letra de cambio, con tal de poder establecer posteriormente qué operaciones revisten el carácter de ser formalmente mercantiles. Los intervinientes son: librador, quien crea el documento, lo emite, gira o libra, asumiendo la obligación de hacer pagar la suma correspondiente; librado, a quien el librador le ordena realizar el pago de una suma de dinero a una persona; aceptante, el librado que admite o acepta la orden del librador y que se obliga a pagar la cantidad de dinero; beneficiario, a quien se debe pagar la suma de dinero; endosante, beneficiario o portador legítimo de la letra que la transfiere por endoso, personalmente responsable frente al endosatario si el aceptante no paga el documento; endosatario, quien adquiere el documento por medio de endoso; portador legítimo, el actual titular del documento, ya sea porque figura en él como beneficiario o porque lo adquirió por vía de endoso; y, avalista, quien garantiza el pago del documento⁴⁰.

Ahora, y si bien la ley no señala expresamente qué operaciones son mercantiles *per se*, ello puede inferirse a partir de la intelección de los actos que realiza cada uno de los intervinientes señalados anteriormente. Así, serían mercantiles las siguientes operaciones: giro, emisión o libramiento, acto por el cual el librador crea la letra; aceptación, manifestación unilateral de voluntad del librado en virtud de la cual admite la orden contenida en la letra y se obliga a su pago⁴¹; endoso, acto en virtud del cual se transfiere el dominio de la letra, se la entrega en cobranza o se le constituye en garantía, mediante acto escrito al dorso o su sola firma⁴²; pago, la prestación de lo que se debe⁴³; protesto, acto solemne por el cual el ministro de fe competente da cuenta de la falta de

³⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 170.

³⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 170.

³⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 173.

⁴⁰ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 173-174.

⁴¹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 174-175.

⁴² JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 174-175.

⁴³ Artículo 1568 del Código Civil.

pago oportuno de la letra, de la falta de aceptación o de la falta de fecha de aceptación⁴⁴; y, a val, acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a esta, o en un documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o parte, el pago de ella⁴⁵.

ii) Operaciones sobre pagarés: La Ley N° 18.092, como en el caso de la letra de cambio, tampoco definió lo que es un pagaré, limitándose a señalar sus elementos y formalidades de emisión. JEQUIER LEHUEDÉ entiende que es, un documento escrito por el cual una persona, llamada suscriptor, reconoce adeudar a favor de otra, llamada beneficiario, una cantidad determinada o determinable de dinero, obligándose a pagarla en el lugar y época indicados en el título⁴⁶.

A diferencia de la letra de cambio, que contiene una orden dirigida a otra persona, el pagaré es una confesión o reconocimiento de deuda que hace el suscriptor, pudiendo circular conforme a la forma nominativa, a la orden o al portador. No hay, por lo tanto, librado ni aceptante, en comparación a la letra de cambio⁴⁷.

Atendido lo anterior, son operaciones mercantiles sobre pagarés *per se* la suscripción, el endoso, la garantía o aval y el pago.

iii) Operaciones sobre cheques: El artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley N° 707, de 1982, del Ministerio de Justicia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, establece que: *“El cheque es una orden escrita y girada contra el banco para que este pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente”*.

El cheque se relaciona directamente con el contrato de cuenta corriente, conceptualizado en el artículo primero de Decreto con Fuerza de Ley N° 707, de 1982, del Ministerio de Justicia, como 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.

En cuanto a las operaciones que la ley establece que son comerciales por su naturaleza, se cuentan el giro o libramiento, el endoso, el pago y el protesto⁴⁸.

iv) Operaciones sobre otros documentos a la orden: La ley en esta parte establece un *numerus apertus*, es decir, ha ampliado y extendido el ámbito de la mercantilidad formal, comprendiendo en ella cualquiera supuesto de documentos que lleven incorporada la cláusula a la orden y que no sean necesariamente letras de cambio, pagarés o cheques. Por ejemplo, la emisión, endoso, cancelación y pago de un conocimiento de embarque⁴⁹.

v) Remesas de dinero de una plaza a otra realizadas en virtud de un contrato de cambio: El contrato de cambio está definido en el artículo 620 del Código de Comercio como, 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.

⁴⁴ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 175.

⁴⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 175.

⁴⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 105.

⁴⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 175.

⁴⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 176.

⁴⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 106.

Las personas que intervienen en esta convención son: el librador, quien contrae la obligación de pagar o hacer pagar la cantidad de dinero; el librado, quien se ordena que pague la cantidad girada; y el tomador o beneficiario, a quien debe pagarse el dinero o a su cesionario legal.

Atendiendo a que en el contrato de cambio las personas del librador y el librado deben ser distintas (no necesariamente así en la letra de cambio) y la necesidad de una distancia física entre el lugar donde se celebra la convención y donde se ejecuta ella (*distancia loci*), lo que el legislador está mercantilizando para todo evento en esta quinta hipótesis, son las operaciones de remesa de una plaza a otra de los montos de dinero involucrados en el contrato de cambio, efectuadas por cualquier vía que no sea la letra de cambio⁵⁰.

b) Sociedad anónima

El Código de Comercio, en su artículo 424, definía originalmente a la sociedad anónima como una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo hasta el monto de sus respectivos aportes, administrada por mandatarios revocables y conocida por la designación del objeto de la empresa.

Actualmente, el artículo primero de la Ley N° 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981, sobre sociedades anónimas, dispone en su inciso primero que: *“La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”*. A continuación, el inciso segundo de la disposición antes mencionada, establece que: *“La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil”*. Cabe destacar que el inciso primero del artículo primero de la Ley N° 18.046, es reproducido en el inciso cuarto del artículo 2061, del Código Civil; y el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.046, asimismo, está contemplado en iguales términos por el artículo 2064, del Código Civil.

Es importante destacar que la redacción de la normativa actual en materia de sociedades anónimas, de 1981, ha dado lugar a distintas interpretaciones sobre su sentido y alcance, especialmente considerando que hasta la dictación de la Ley N° 20.720, sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, se aplicaban las disposiciones del Libro IV del Código de Comercio, denominado *De las quiebras*⁵¹. Por su parte, el artículo 43 de dicho cuerpo, establecía que: *“Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible”*, y su numeral primero establecía: *“Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo”*.

La problemática estaba en la calificación de actividad comercial y el cese de pago de una obligación mercantil, pues podía argumentarse que el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.046 establecía que como la sociedad anónima es siempre mercantil, esa condición impregnaría de comerciabilidad a todos los actos y contratos que ejecutara o celebrara, respectivamente.

⁵⁰ Según la Real Academia Española, el término *remesa* proviene del latín *remissa* (remitida). Un primer significado hace alusión a un conjunto de cosas enviadas o recibidas de una vez. Un segundo significado apunta a la remisión o envío de algo de una parte a otra. Por la redacción de la norma, entendemos que este segundo significado es al que se refiere el legislador.

⁵¹ El Libro IV del Código de Comercio fue derogado íntegramente en virtud del numeral 20 del artículo 347 de la Ley N° 20.720.

CABALLERO GERMAIN se ha pronunciado al respecto, a propósito de una sentencia de la Corte de Suprema, de agosto de 2013, Rol N° 3309-2013, en la cual se acogió un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia de Corte de Apelaciones que confirmó la decisión del tribunal de primera instancia que rechazó la solicitud de quiebra contra una empresa constituida como sociedad anónima, por el cese en el pago de sus obligaciones⁵².

En palabras de CABALLERO GERMAIN, tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones entendieron que una persona puede ser considerada como deudor calificado a efectos de declararla en quiebra, solo si efectivamente ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, pues el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.046 reconoce que, si bien la sociedad anónima es siempre mercantil, puede ejercer negocios de carácter civil. A mayor abundamiento, el tribunal de segunda instancia estimó que el hecho de haberse organizado una persona jurídica bajo la estructura de una sociedad anónima no es suficiente para considerarla como un deudor calificado, debiendo estarse estrictamente a la actividad u objeto social desarrollado por el deudor, el cual, si no es mercantil, hace improcedente la declaración de quiebra⁵³.

Sin embargo, la Corte Suprema –en una decisión con la que CABALLERO GERMAIN está conforme– estimó, a diferencia de los tribunales de instancia, que, en primer lugar, una sociedad anónima es siempre mercantil y, por tanto, siempre un deudor calificado, estando por lo mismo sometida a la legislación comercial; y, en segundo lugar, que la empresa demandada sí desarrollaba efectivamente actividades comerciales, por el hecho de que tanto ella como la demandante mantenían relaciones comerciales entre sí y que esta última colocaba órdenes de compra y venta de valores de oferta pública a múltiples corredores del sistema, aspectos que, a juicio del tribunal, constituían hechos suficientemente reveladores del efectivo ejercicio de actividades comerciales, tales como la cuantiosa compraventa de acciones de diversas sociedades anónimas, de que dan cuenta las facturas que sirven de base a la declaratoria⁵⁴.

Así las cosas, CABALLERO GERMAIN, partiendo de la base que reconoce que el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.046, es una manifestación de un ejemplo de mercantilidad formal o en razón de la forma, postula tres tesis para poder precisar el objeto sobre el que se predica dicha mercantilidad en materia de sociedades anónimas: tesis restringida, tesis media y tesis amplia. La primera entiende que la mercantilidad de la sociedad anónima es en cuanto contrato, es decir, que las normas comerciales se aplican exclusivamente respecto de su constitución, estructura y funcionamiento. La segunda concibe que la sociedad anónima es objetiva y subjetivamente mercantil, esto es, que la mercantilidad comprende tanto al contrato como también a la persona jurídica, por lo que siempre sería un comerciante. Finalmente, la tesis amplia establece que la mercantilidad formal en materia de sociedades anónimas comprende al contrato, a la persona jurídica y al objeto de ella, por lo que ella sería un comerciante cuyos actos y contratos siempre estarían sujetos al Derecho comercial⁵⁵.

El autor en cuestión se declara partidario de la tesis amplia, pero con una salvedad: la presunción que establece que los actos realizados por una sociedad anónima son mercantiles, puede ser derribada probando en contrario, tratándose, por lo tanto, de una

⁵² CABALLERO GERMAIN, Guillermo, *Declaración de quiebra de un deudor calificado. Carácter siempre mercantil de una sociedad anónima*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 21 (2013) 2, pp. 447-457.

⁵³ CABALLERO GERMAIN, Guillermo, cit. (n. 52), p. 453.

⁵⁴ CABALLERO GERMAIN, Guillermo, cit. (n. 52), p. 449.

⁵⁵ CABALLERO GERMAIN, Guillermo, cit. (n. 52), pp. 450-451.

presunción simplemente legal. Por lo tanto, y en resumidas cuentas, existiría en opinión del profesor CABALLERO, una presunción de derecho en lo tocante a la mercantilidad del contrato y de la persona jurídica, y una presunción simplemente legal respecto de la comunicabilidad entre la mercantilidad de la persona jurídica y la del objeto.

Por su parte, BAEZA OVALLE destaca que el acto jurídico que sirve de fuente generadora de la sociedad anónima constituye un acto de comercio. Señala además que la persona jurídica nacida producto de ese acto de constitución es un comerciante formal, cumpla o no con los requisitos establecidos para ese efecto por el Código de Comercio o el Código Civil, pues cumple con la estructura jurídica que ha exigido la ley. Finalmente, sostiene que por las condiciones anteriores, es forzoso concluir que se comercializan los actos y contratos que celebre dicha persona jurídica, pero teniendo en consideración el principio de accesoriadad respecto de la sociedad anónima⁵⁶.

Desde otro sector de la doctrina, PUELMA ACCORSI señala que los comerciantes, no obstante su calidad de tales, pueden realizar actos no comerciales⁵⁷. Así, la circunstancia que la ley le otorgue el carácter mercantil a la sociedad anónima, no significa que cualesquier acto de ella tenga tal carácter, especialmente, cuando la ley exige el ejercicio efectivo de actos mercantiles⁵⁸.

Asimismo, CONTRERAS STRAUCH descarta que el objeto de la sociedad anónima sea mercantil por una supuesta comunicabilidad que existiría entre la persona jurídica formalmente comerciante y la actividad económica a que efectivamente se dedique. Señala al respecto que, el texto de la ley no dice en ninguna parte que todos los actos de la sociedad anónima sean comerciales, sino que declara mercantil a la sociedad anónima, es decir, tan solo al sujeto de derecho, no a los actos que este sujeto ejecute en el ejercicio de su capacidad⁵⁹. Por lo tanto, las sociedades anónimas no estarían sujetas a las normas mercantiles en sus relaciones con terceros, sino en los casos en que realizan actos de comercio⁶⁰.

SANDOVAL LÓPEZ entiende que el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.046, ha establecido la mercantilidad respecto de la sociedad anónima en cuanto persona jurídica, solo por adoptar esa forma jurídica, sin hacer referencia a la actividad que constituye su objeto, el cual sería neutral o indiferente para efectos de dicha atribución de mercantilidad⁶¹. La única precisión que establecería el legislador respecto al objeto es el artículo noveno de la Ley N° 18.046, es decir, cualquier actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado.

Por su parte, JEQUIER LEHUEDÉ señala que el concepto que establecía el Código de Comercio, cuando regulaba el estatuto jurídico de las sociedades anónimas, apuntaba a la naturaleza del objeto social⁶². En cambio, la Ley N° 18.046 mercantilizó formalmente a la sociedad como tal, no a su objeto, como ocurre en la sociedad por acciones⁶³. Ello resulta

⁵⁶ BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Tratado de derecho comercial* (2003, 4ª ed., Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008) 2, pp. 847-849.

⁵⁷ PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades* (2001, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003) 2, pp. 466-467.

⁵⁸ PUELMA ACCORSI, Álvaro, cit. (n. 57), pp. 466-467.

⁵⁹ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Instituciones de derecho comercial* (2001, 4ª ed., Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2016) 1, pp. 520-522.

⁶⁰ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, cit. (n. 59), pp. 520-522.

⁶¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), pp. 474-475.

⁶² JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Curso de derecho comercial* (2013, 2ª ed., Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2017) 2, p. 12.

⁶³ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 62), p. 12.

más diáfano contrastando los tenores del inciso segundo del artículo primero de la norma antedicha con el numeral segundo del artículo 425 del Código de Comercio, a saber: “[...] 2. *El objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil*”. En esta hipótesis la ley se ha ocupado de señalar que es el *objeto* y no la sociedad lo que se considera mercantil en todo caso⁶⁴.

En síntesis, y usando la nomenclatura que utiliza CABALLERO GERMAIN, somos partidarios de abrazar la tesis media, esto es, que lo impregnado de mercantilidad por la Ley N° 18.046 es tanto el contrato como la persona jurídica que nace a la vida del Derecho como consecuencia del primero. En primer término, los artículos tercero y siguientes de dicha norma, la cual se entiende parte del ordenamiento jurídico comercial, establecen reglas para la celebración de un contrato solemne que, por lo mismo, es de naturaleza mercantil⁶⁵. En segundo término, se mercantiliza a la persona jurídica nacida del acto de constitución y el cumplimiento de las solemnidades que establece la ley, pues el tenor del inciso segundo del artículo primero de la norma en comento, además de señalar que la sociedad anónima es siempre mercantil, dice que ello es sin perjuicio de la circunstancia que ella haya sido formada para la realización de negocios de carácter civil. En otras palabras, separa claramente el *sujeto* del *objeto* de la sociedad, consagrando que el primero será comercial.

c) *Empresa individual de responsabilidad limitada*

La Ley N° 19.857, de 2003, que autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, consagra en su artículo segundo que esta última, “*es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas*”.

Según data de la historia de la ley, esta fue el resultado de una moción parlamentaria, del 05 de junio de 1991, proveniente de la Cámara de Senadores. El objetivo primordial que se persiguió fue incentivar las actividades económicas para que den un paso seguro a la iniciativa individual, pues en ella se sustenta el progreso creciente de los pueblos. Asimismo, se estableció que el subdesarrollo económico se produce, entre otros aspectos, por la existencia de mecanismos que entraban el libre desenvolvimiento de los negocios y que se traducen en reglas que atemorizan el riesgo en que consiste la aventura de crear empresas, desembocando todo en restricciones que no tienen un fundamento práctico. Una manifestación de lo anterior puede encontrarse en materia comercial, donde hasta ese período, en que los únicos ropajes jurídicos que existían en la legislación chilena para limitar la responsabilidad, eran la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y, en menor medida, la sociedad en comandita, había un desincentivo a emprender colectivamente, atendiendo, especialmente, a los riesgos que involucra la actividad empresarial⁶⁶.

Se trata del primer acercamiento del legislador chileno hacia la unipersonalidad originaria en materia empresarial, con personalidad jurídica propia. Esta labor la continuará la legislación chilena en virtud de la Ley N° 20.720, de 2007, a propósito del establecimiento de la figura de la sociedad por acciones.

⁶⁴ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 62), p. 19.

⁶⁵ El encabezado del artículo tercero señala que: “*La sociedad anónima se forma, existe y prueba por escritura pública inscrita y publicada en los términos del artículo 5° [...]*”. A su turno, el artículo cuarto establece que: “*La escritura de la sociedad debe expresar [...]*”.

⁶⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 279.

Entrando al examen de la disposición en cuestión, el primer factor importante a resaltar es que la ley establece que la empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica siempre comercial, estando sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto.

Respecto a la naturaleza jurídica de la persona que nace a la vida del Derecho producto del acto de constitución, la empresa individual de responsabilidad limitada constituye una figura especialísima, ajena a toda forma conocida del Derecho chileno de sociedades⁶⁷. En este sentido, la doctrina ha señalado que la ley ha concedido personalidad jurídica a un capital o patrimonio, entendido como un conjunto de bienes, afecto a un fin predeterminado⁶⁸. Por lo mismo, la jurisprudencia ha querido separar los conceptos de empresa individual de responsabilidad limitada de cualquier tipo social, en orden a que "...no es de ninguna manera una sociedad, en los términos de los artículos 2053 y siguientes del Código Civil, sino una persona jurídica *sui generis* creada por la referida Ley N° 19.857"⁶⁹. El legislador está creando un supuesto de mercantilidad formal en razón del sujeto, es decir, que el empresario será considerado comerciante en cuanto a las obligaciones que contraiga en relación con la empresa, pues ella es siempre comercial, cualquiera que sea su objeto o giro, sujetándose a las normas del Código de Comercio⁷⁰.

Relacionado con lo anterior, en cuanto a que la empresa individual de responsabilidad limitada será siempre un comerciante que se registrará por el Código de Comercio cualquiera sea su objeto, el legislador está desconociendo implícitamente el artículo primero de dicho cuerpo normativo. Esto es así, porque la norma en cuestión establece que el código mercantil rige las obligaciones de los comerciantes que se refieran a operaciones mercantiles. De este modo, una empresa individual de responsabilidad limitada podría llevar a cabo operaciones que, aunque no sean mercantiles pero sí se lleven a cabo dentro de su objeto o giro, aun así se registraría por el Código.

El tercer factor a considerar en el análisis de esta figura corresponde al objeto mismo de la empresa individual de responsabilidad limitada, en cuanto ella "[...] *podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas*".

SANDOVAL LÓPEZ entiende que es una entidad mercantil por el solo hecho de estar jurídicamente organizada como empresa individual de responsabilidad limitada, con prescindencia de su objeto y aun en caso de que este comprenda exclusivamente una actividad de carácter civil⁷¹. La comerciabilidad proviene entonces de la sola forma⁷². Esta doctrina estaría, desde el punto de vista de la nomenclatura utilizada por el profesor CABALLERO, a propósito de la sociedad anónima, a favor de una tesis media, pues la persona jurídica que adopta el empresario que organiza la actividad de la empresa individual de responsabilidad limitada, sería un comerciante, pero cuya actividad no se mercantiliza por dicha circunstancia.

A igual conclusión llega CONTRERAS STRAUCH, en orden a que la ley considera comercial a las empresas individuales de responsabilidad limitada, con independencia del objeto señalado en el acto organizativo o de su giro de hecho⁷³. A mayor abundamiento, la

⁶⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 62), p. 468.

⁶⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 62), p. 465.

⁶⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 946-2006.

⁷⁰ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del derecho comercial* (Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2013), p. 118.

⁷¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), pp. 285-286.

⁷² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), pp. 285-286.

⁷³ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, cit. (n. 59), p. 369.

ley atribuye a estas empresas el carácter de comerciante y las obligaciones que son propias de estos, con independencia de su objeto o giro, que puede ser civil o comercial⁷⁴.

Cabe mencionar que, en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, el artículo segundo permaneció prácticamente inalterado, de modo que fueron las demás disposiciones las que fueron objeto de reparo y modificación. Solamente hubo duda respecto a si el objeto de la empresa individual de responsabilidad limitada podía comprender o no actividades del orden minero, industrial u otras del orden económico. El senador Fernández, parlamentario que presentó la moción, señaló sobre el particular, que el sentido de la norma era ampliar el objeto de la empresa en cuestión, facultando al empresario poder realizar toda clase de operaciones, tanto civiles como comerciales, siendo ello comprensivo tanto en los ámbitos industriales, minero y demás, excepto, claro está, a los ámbitos privativos de las sociedades anónimas.

Por lo tanto, sintéticamente podemos decir que la empresa individual de responsabilidad limitada es una organización profesional de un conjunto de bienes que está destinado a un fin determinado, situación que el legislador, en un contexto de mercado y de producción en masa y en serie, estima que es una manifestación inequívoca de un fenómeno mercantil, por lo que establece que nace una persona jurídica que será siempre comercial y, por lo tanto, un comerciante. Lo anterior tiene importantes consecuencias prácticas, pues las personas naturales que no quieran llevar a cabo un emprendimiento colectivo sin limitación de responsabilidad y pensado para atraer potenciales accionistas que aumenten el capital, encuentran en la empresa individual de responsabilidad limitada una alternativa sumamente afín a sus intereses. Además, la ley establece que los empresarios en cuestión serán comerciantes, por lo que contraen todas las obligaciones que la legislación mercantil impone a su respecto, como, por ejemplo, la inscripción de ciertos documentos en el registro de comercio y llevar contabilidad; y, asimismo, también la adquisición de la calidad de comerciante importa para reglas que la normativa comercial consagra particularmente a propósito de ellos, como, por ejemplo, en materia de prueba testimonial y el valor probatorio de escrituras privadas.

d) Sociedad por acciones

El Título VII del Libro II del Código de Comercio, establece un párrafo octavo, denominado *De las sociedades por acciones*. El párrafo en cuestión fue modificado por la Ley N° 20.190, publicada el año 2007, que introdujo adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria del capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de valores.

El fundamento de la incorporación en el Derecho chileno de este tipo societario es poder superar la rigidez de la normativa en materia de sociedades anónimas, la que no se condice con la pretensión de flexibilidad que se quiere tener en las formas societarias capitalistas medianas en la industria de capital de riesgo⁷⁵.

No menos importante es destacar que en el contexto del Derecho comercial chileno, la sociedad por acciones constituye la primera vez que el legislador establece la posibilidad de que se pueda constituir una sociedad unipersonal, esto es, que pueda existir un solo accionista que, además, es anónimo, rompiendo con la concepción jurídica que hasta la dictación de la Ley N° 20.190 parecía inamovible en materia societaria: el carácter bilateral o plurilateral del contrato de sociedad. Además, el artículo 444 del Código de Comercio,

⁷⁴ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, cit. (n. 59), p. 369.

⁷⁵ PUGA VIAL, Juan Esteban, *La sociedad anónima y otras sociedades en el derecho chileno y comparado* (2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013) 2, p. 828.

consagra la posibilidad de que, salvo que el estatuto disponga lo contrario, la sociedad no se disuelva por reunirse todas las acciones en un mismo accionista.

El inciso primero del artículo 424 del Código de Comercio, dispone que, la sociedad por acciones es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones. A continuación, el inciso segundo del artículo en comento establece que, la sociedad por acciones tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo lo dispuesto en el Párrafo octavo, del Título VII, del Libro II, del Código de Comercio, podrán ser establecidos libremente. En silencio del estatuto social y de las disposiciones del Párrafo en cuestión, la sociedad se regirá supletoriamente y solo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas.

A su turno, el inciso primero del artículo 425 del Código de Comercio, dispone que, la sociedad por acciones se forma, existe y prueba por un acto de constitución social. Después, en su inciso segundo, establece que, dicho acto de constitución irá acompañado de su estatuto, el que deberá expresar, a lo menos, una serie de materias, una de las cuales es el *objeto* de la sociedad, “*que será siempre considerado mercantil*” (Nº2).

Sobre el punto anterior cabe preguntarse lo siguiente: ¿A qué se refiere el artículo 425 inciso 2º del Código de Comercio, cuando dice que el objeto de la sociedad por acciones será siempre mercantil? Por lo pronto, podemos plantear dos posibilidades teóricas: en primer lugar, que sea la actividad económica que sea, ella, por ficción legal, será presumida como mercantil, aunque no se trate *strictu sensu* de un giro comercial propiamente tal, como, por ejemplo, alguna que no esté contemplada en el artículo tercero del Código de Comercio, ni constituya ningún otro acto de comercio que contemple la legislación. Una segunda posibilidad es que la disposición en comento esté señalando que el objeto de una sociedad por acciones debe ser necesariamente un acto de comercio de los que establece la ley, restringiendo así la extensión que debe tenerse del numeral segundo del inciso segundo del artículo 425 del Código de Comercio.

PUGA VIAL entiende que el numeral segundo del inciso segundo del artículo 425 del Código de Comercio, no establece que la sociedad por acciones como ente sea un acto de comercio –a diferencia de lo que acontece, en su opinión, en materia de sociedad anónima–, sino que su objeto, su actividad, cualquiera que sea, es mercantil⁷⁶.

BAEZA OVALLE, por su parte, junto con estar conteste con la opinión doctrinal que postula que el artículo 425 del Código de Comercio mercantiliza el objeto de la sociedad por acciones, cualquiera que este sea, señala que esa conclusión es más nítida si se comparan los tenores de los artículos primero inciso segundo de la Ley Nº 18.046, sobre sociedades anónimas, y segundo de la Ley Nº 19.857, sobre empresa de responsabilidad limitada⁷⁷. Así, cualquier acto y contrato celebrado por la sociedad por acciones en la órbita de su objeto, será mercantil para ella, mientras que para la contraparte podrá ser civil o comercial dependiendo de su naturaleza y de la calidad del sujeto en cuestión⁷⁸.

Con todo, en opinión de este autor, también podría predicarse la mercantilidad formal respecto de la persona jurídica, atendiendo a la aplicación supletoria de la Ley Nº

⁷⁶ PUGA VIAL, Juan Esteban, cit. (n. 75), p. 831.

⁷⁷ BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Tratado de derecho comercial* (2008, 4ª ed., Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003), III, pp. 1325-1326.

⁷⁸ BAEZA OVALLE, Gonzalo, cit. (n. 77), pp. 1325-1326.

18.046, sobre sociedades anónimas, y, más específicamente, a propósito del estatuto de las sociedades anónimas cerradas, por mandato del inciso segundo del artículo 424 del Código de Comercio⁷⁹.

Lo anterior en nuestra opinión no podría ser efectivo, pues la supletoriedad implica que existe un vacío en una norma, debiendo ser colmado por otra. En este caso no hay lugar a una hipótesis tal, pues no existe un vacío propiamente tal en la redacción del numeral segundo del artículo 425 del Código de Comercio, señalando esta disposición en términos concisos que el objeto de la sociedad por acciones será siempre mercantil. El Código de Comercio jamás establece que “la sociedad por acciones es siempre mercantil” o “siempre comercial”, a diferencia de la regulación en materia de sociedad anónima y empresa de responsabilidad limitada, respectivamente. Por lo demás, la jurisprudencia ha señalado sobre la supletoriedad, que: “[...] en virtud del artículo cuarto del mismo Código Civil, según el cual las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada y demás especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código, de modo que en ausencia de norma de un Código o ley especial deben regir las del Código Civil”⁸⁰. No hay, por lo tanto, ausencia de norma sobre la mercantilidad en materia de sociedad por acciones que amerite la aplicación de la Ley N° 18.046 para ese ámbito. Además, el artículo 23 del Código Civil establece que: “*Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*”.

SANDOVAL LÓPEZ sostiene que se trata de una mercantilidad formal, establecida con prescindencia o neutralidad del objeto para el cual la sociedad por acciones ha sido creada, siendo suficiente que la compañía —en sus palabras— adopte la forma en cuestión⁸¹. Además, señala que no es necesario probar la naturaleza del objeto, porque cualquiera que este sea, siempre será considerado mercantil y, por ende, la sociedad tendrá ese mismo carácter⁸². Sin perjuicio de lo anterior, postula que ello no implica que, al igual que todas las otras compañías —en su opinión—, la sociedad por acciones no pueda ejecutar o celebrar toda clase de actos o contratos, civiles o comerciales, atendiendo al artículo 2059 del Código Civil⁸³.

No estamos de acuerdo con la opinión anterior en dos aspectos: en primer lugar, en cuanto postula que, porque el objeto de la sociedad por acciones es mercantil, necesariamente ese carácter se predica también en relación con la persona jurídica de la sociedad; y, en segundo lugar, respecto a que la sociedad por acciones puede ejecutar o celebrar toda clase de actos o contratos, civiles o comerciales, atendiendo al artículo 2059 del Código Civil.

En cuanto a la primera cuestión, el artículo 2059 del Código Civil establece en su inciso primero, dentro del párrafo segundo del Título XXVIII del Libro IV, que, la sociedad puede ser civil o comercial. En su inciso segundo, consagra que son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles.

En nuestra opinión, como el tenor literal del numeral segundo del inciso segundo del artículo 425 del Código de Comercio, dispone que “[...] *el objeto de la sociedad por acciones será siempre considerado mercantil*”, lo que está prescribiendo realmente el legislador es una ficción legal, en orden a que sea la actividad económica que sea, mientras sea establecida como

⁷⁹ BAEZA OVALLE, Gonzalo, cit. (n. 77), p. 1318.

⁸⁰ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 9513-2009, Considerando 16°.

⁸¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 679.

⁸² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 679.

⁸³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 679.

objeto de la sociedad por acciones y esta actúe dentro de él, todo acto o contrato que ejecute o celebre, respectivamente, en el ámbito de su giro será siempre mercantil para ella, en atención al manto jurídico que el empresario ha decidido otorgarle a su empresa. En otras palabras, los actos y contratos que suscriba la sociedad por acciones fuera de su giro, sin lugar a duda deberán ser objeto de análisis en cuanto a si son actos de comercio o no, para determinar su mercantilidad. Así las cosas, el artículo 2059 del Código Civil estaría superado para esta materia, pues la sociedad por acciones tendrá un objeto que siempre y para todo caso, respecto de ella, será considerado mercantil, independientemente de si se trata de un acto de comercio o no, pero siempre y cuando dentro del ámbito de su objeto⁸⁴.

En cuanto a la segunda cuestión, consideramos que la afirmación es correcta, pero siempre y cuando la sociedad por acciones actúe fuera del ámbito de su objeto, pues si ejecuta un acto o celebra un contrato que está dentro de su giro, existiría una presunción de mercantilidad.

Por último, CONTRERAS STRAUCH, a diferencia de los autores tratados anteriormente en esta materia, entiende que, como el Código de Comercio no define la mercantilidad subjetivamente, la objetiviza, enumerando los actos que el legislador determina como mercantiles⁸⁵. También señala que, en vista de lo anterior, el Derecho comercial chileno es el Derecho que rige a los actos de comercio, no el Derecho de los comerciantes, por lo que, en vistas del artículo tercero del Código de Comercio, sería inaceptable que existan actos que por el solo hecho de haber sido ejecutados por sociedades por acciones fueran mercantiles⁸⁶. Finalmente, recalca que, a su parecer, la intención del legislador fue la misma que cuando se estableció la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, es decir, prescribir que ellas son mercantiles con independencia de la naturaleza de los actos que ejecuten⁸⁷.

En primer lugar, cabe destacar que, si bien coincidimos con el autor traído a colación respecto a las ideas inspiradoras del Código de Comercio, a propósito de la mercantilidad objetiva y su positivización en los códigos decimonónicos, no es menos cierto que la legislación comercial siempre será susceptible de quedar desfasada con la realidad contingente del tráfico mercantil, atendiendo a los novedosos usos y, sobre todo, tecnologías que van facilitando el intercambio comercial. Así, los institutos jurídicos establecidos en un determinado contexto histórico, político, económico y social necesariamente evolucionarán conforme vayan cambiando dichas variables, pues el Derecho es una categoría reactiva.

En segundo lugar, perfectamente puede argumentarse que el legislador ha derogado tácitamente el dogmatismo de la mercantilidad objetiva de los actos de comercio, en virtud del establecimiento de la sociedad por acciones, pues ha consagrado que una empresa, por el solo hecho de adoptar cierto ropaje jurídico (sociedad por acciones), tendrá un objeto que será mercantil para todos los efectos legales. Esto constituye en nuestras reflexiones, otro criterio de mercantilidad en nuestro Derecho comercial.

En tercer y último lugar, el inciso primero del artículo 19 del Código Civil, a propósito de las reglas de interpretación de las leyes, dispone que, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Después, su inciso segundo establece que, pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la

⁸⁴ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, cit. (n. 70), pp. 348-349.

⁸⁵ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, cit. (n. 59), pp. 757-758.

⁸⁶ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, cit. (n. 59), pp. 757-758.

⁸⁷ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, cit. (n. 59), pp. 757-758.

historia fidedigna de su establecimiento. Además, el artículo 20 del mismo cuerpo legal establece que, las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

Sobre el particular, y como bien expone GUZMÁN BRITO, el Código Civil concibe al acto interpretativo como unitario, siendo su objeto –la ley– una sumatoria de tenor literal, sentido, espíritu e intención, cuya adecuada intelección toca al intérprete descubrir⁸⁸. El mismo autor señala que, el concepto de espíritu equivale a razón, es decir, el motivo o causa que movió al legislador⁸⁹; en cambio, el concepto de intención se relaciona con la voluntad o ánimo del legislador⁹⁰. De este modo, toda ley consiste en un mandato del legislador, de cuya voluntad recibe su ser normativo; al mismo tiempo, se supone que esa misma ley tiene una razón que la explica⁹¹. En otras palabras, una razón movió la voluntad del legislador para mandar en el modo en que lo hizo⁹².

Así las cosas, en primer término, no detectamos una expresión oscura (equívoca) en la redacción del numeral segundo del inciso segundo del artículo 425 del Código de Comercio, pues el legislador al momento de establecer que el objeto de la sociedad por acciones será siempre considerado mercantil, ha usado la expresión siempre en su sentido natural y obvio, el que, según la Real Academia Española, significa, en lo pertinente, en todo o en cualquier tiempo, o bien, en todo caso o cuando menos.

En segundo término, consta fehacientemente en la historia de la Ley N° 20.190 que la intención, voluntad o ánimo del legislador fue siempre dotar de comerciabilidad al objeto de la sociedad por acciones, conforme al mensaje presidencial en virtud del cual se dio inicio a la tramitación parlamentaria. Por lo tanto, cualquier acto o contrato que lleve a cabo la sociedad por acciones dentro de su giro, será mercantil.

III. EL PROTAGONISMO DEL EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA EN EL TRÁFICO COMERCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA MERCANTILIDAD FORMAL EN EL ORDENAMIENTO COMERCIAL CHILENO

1. Consideraciones preliminares

La empresa es un fenómeno que se ha ido dando paso desde el siglo XX hasta nuestros días como el principal vehículo de emprendimiento que tienen a su disposición las personas para poder desarrollar una actividad económica bajo los estándares del mercado. En cuanto a su naturaleza, es un concepto económico que es anterior al Derecho, de modo que este último, una vez que constata su existencia en la realidad práctica, pasa a regularlo, debido a su importancia en cuanto método organizativo de la actividad.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno no se caracteriza por ser un orden coherente de normas que regulan el fenómeno empresarial. Esto se debe, en primer lugar, a la pluralidad de intereses que subyacen a la idea de empresa, los cuales ameritan, atendiendo su naturaleza disímil, ser normados por distintos sectores del Derecho chileno, tales como,

⁸⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 17), p. 213.

⁸⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 17), p. 88.

⁹⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 17), p. 97.

⁹¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 17), p. 99.

⁹² GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 17), p. 99.

por ejemplo, el Derecho laboral, tributario, administrativo, penal, entre otros. En segundo lugar, las distintas realidades políticas, sociales y económicas que se van dando lugar en un momento determinado, motivan al legislador a regular múltiples materias que, conforme al contexto, van ganando y perdiendo importancia para ser objeto de tratamiento jurídico. El manto de lo jurídico viene dado por la relevancia que le dé la contingencia, por lo que no es de extrañar que en un período de tiempo entren en vigencia varios cuerpos normativos en materia de Derecho comercial, mientras que en otro la legislación tienda a versar sobre otras materias.

La mercantilidad formal en general es manifestación de una tendencia legislativa que, viendo cómo las normas del Código de Comercio quedaban superadas en el establecimiento del ámbito de lo mercantil, introdujo paulatinamente disposiciones que en su conjunto buscan ampliar los límites de la materia comercial, atendiendo a los cambios que se han visto en la realidad económica de los siglos XX y XXI. Sin embargo, este fenómeno nació en el siglo XIX, en virtud del establecimiento de los documentos mercantiles de letras de cambio, pagaré y cheque sobre documentos a la orden, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio, que permitieron en su conjunto facilitar la intermediación de bienes y servicios, mercantilizando la ley todas las operaciones que recaigan sobre dichos instrumentos, sin entrar al análisis de, por ejemplo, los actos mixtos o de doble carácter. Por otro lado, la mercantilidad formal ha tenido una segunda manifestación, pero no respecto a actos de comercio, sino en materia de empresa y sujeto del Derecho mercantil, atendiendo la omnipresencia de las ideas de empresa y empresario dentro del Derecho comercial actual, producto de las nuevas herramientas que se han establecido desde el plano tecnológico, los usos y prácticas que se han ido dando paso y los nuevos estándares de profesionalidad en la actividad constitutiva de empresa, obedecen a la pretensión de volver lo más dinámica, desformalizada e inmediata posible la actividad mercantil. La empresa es el medio por el cual el empresario participa del comercio, con estándares cualitativamente distintos a los del comerciante del Código de Comercio, por lo que la legislación actual contempla mecanismos que fomentan el emprendimiento, como, por ejemplo, la limitación de responsabilidad mediante la separación entre el patrimonio personal del empresario y el patrimonio de afectación de la organización empresarial.

A continuación, se analizará el concepto de empresa en el Derecho positivo chileno, para después contrastarlo con las elaboraciones que la doctrina ha desarrollado al respecto. Después se compararán los conceptos de empresa, empresario y sociedad para establecer las principales diferencias que existen entre ellos. Finalmente, se contrastarán los conceptos de empresario y comerciante para concluir el primero ha desplazado al segundo como el principal sujeto del Derecho mercantil actual. Esta última cuestión es el fundamento de la mercantilidad formal en materia empresarial, en los supuestos de sociedad anónima, empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad por acciones.

2. Concepto de empresa en el ordenamiento jurídico chileno

Desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, ha existido una dinámica extensiva en el comercio, en orden a fomentar a que una mayor cantidad de personas se encuentren en condiciones de poder participar activamente de él, siendo la empresa el vehículo idóneo para ello. Esto explica que positivamente se hayan establecido nuevos institutos jurídicos como, por ejemplo, la empresa individual de responsabilidad limitada y la sociedad por acciones, y se hayan modificado otros como, por ejemplo, la sociedad anónima.

Sin embargo, el establecimiento y modificación de institutos jurídicos no ha obedecido a lineamientos sistemáticos. Más bien, esta tendencia del legislador se basa en razones prácticas que prefieren, antes de sentar un ordenamiento jurídico armónico en lo tocante a la empresa, solucionar y superar dificultades prácticas con celeridad, atendiendo a la dinamicidad y espontaneidad que caracteriza al comercio. Esto explica la inexistencia de un concepto general de empresa en el ordenamiento jurídico chileno, dando paso a definiciones sectoriales para ciertas materias.

a) Constitución Política de la República

La Carta Fundamental de 1980 no define expresamente lo que se debe entender por empresa. Sin embargo, la menciona en diversas disposiciones, de lo que se puede colegir que la considera un elemento esencial para la economía actual.

El artículo primero inciso tercero establece que: *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*. La importancia de esta norma radica en que parte de la doctrina considera que la empresa es un cuerpo intermedio⁹³.

Por su parte, el artículo 19, a propósito de las garantías fundamentales, establece en su numeral 16°, en el contexto de la libertad de trabajo y su protección, que: *“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”*. Aquí la Carta Magna entiende que existen empresas tan sensibles para el adecuado funcionamiento de la sociedad y el país, que se prohíbe el cese de sus actividades.

Asimismo, el artículo 19 establece, en su numeral 21°: *“[E]l derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*. En esta norma se consagran los límites a toda actividad económica, es decir, la moral, el orden público y la seguridad nacional. Junto a lo anterior, el resto de esta disposición faculta al Estado poder desarrollar actividades empresariales o participar de ellas, solo si una norma de quórum calificado lo autoriza.

b) Código de Comercio

Este cuerpo legal rehúye de definir expresamente lo que debe entenderse como empresa. Se limita a enunciar en su artículo tercero que son actos de comercio determinadas empresas⁹⁴. Lo mismo ocurre en su artículo 68 numeral segundo, señalando ahí la existencia de empresas particulares.

Sin embargo, en el Título V de su Libro II, a propósito del transporte por tierra, lagos, canales y ríos navegables, se establece en el artículo 166 inciso final, que, se llama empresario de transportes a aquel 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, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo. Asimismo, el artículo 172 conceptualiza a los empresarios particulares y públicos de conducciones en los mismos términos que el artículo 166 inciso final, pues se pone de relieve que el empresario es aquella persona que *ejerce una industria*.

Por lo tanto, el Código de Comercio limita el concepto de empresa a una actividad, consistente en ejercer una industria, y no a una organización.

⁹³ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 27-28

⁹⁴ Por ejemplo, numerales 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 13° y 20°.

c) *Código del Trabajo*

El artículo tercero de la norma en cuestión señala que: *“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 la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”*.

En primer lugar, cabe señalar que este cuerpo legal no conceptualiza a la empresa como una actividad tendiente a ejercer una industria, sino como una organización de medios por parte de una persona para alcanzar determinados logros, dotada, además, de una individualidad legal determinada.

En segundo lugar, la primera parte de esta disposición viene a restringir el sentido y alcance del concepto de empresa en el Código del Trabajo, toda vez que señala que la definición en cuestión es para efectos de la legislación laboral y de seguridad social. Se excluye, por lo tanto, cualquier intento hermenéutico que tenga por objeto establecer que este concepto sea transversal para todo el ordenamiento jurídico, por más que el encabezado del artículo tercero del Código del Trabajo señale que las definiciones comprendidas en él sean *“[...] para todos los efectos legales”*.

d) *Ley N° 20.720*

El numeral 13° del artículo segundo de la Ley N° 20.720, sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 2014, dispone que debe entenderse por empresa deudora: *“Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del Decreto Ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta”*.

La primera idea que surge analizando este concepto es que se comprende dentro del concepto de empresa a las personas jurídicas privadas, tengan o no fines de lucro. Se excluye, *a contrario sensu*, a las personas jurídicas públicas. Esto lleva a la distinción entre las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado, cuestión no muy clara a la luz del artículo 545 del Código Civil, pues, aunque se parte distinguiendo dos categorías de personas jurídicas en atención a los objetivos que se persiguen, el inciso final señala que *“Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”*.

Una segunda cuestión por señalar es que también se considera que son empresas aquellas personas naturales que son contribuyentes de primera categoría, es decir, aquellos que obtienen renta del capital. Asimismo, también son empresas los profesionales liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa⁹⁵ no comprendida en la primera categoría.

Por último, esta norma, al igual que el Código del Trabajo, restringe el sentido y alcance que debe darse a los conceptos que establece, siendo aplicables solamente, por mandato de su encabezado, *“Para efectos de esta ley”*.

e) *Ley N° 20.416*

La Ley N° 20.416, publicada en el Diario Oficial el 3 de febrero del año 2010, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. En su artículo segundo, inciso

⁹⁵ El inciso segundo del numeral segundo del artículo 42 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, Decreto Ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, publicado el 31 de diciembre de 1974, establece que por ocupación lucrativa debe entenderse *“aquella actividad ejercida en forma independiente por personas naturales y en la cual predomina el trabajo personal basado en el conocimiento de una ciencia, arte, oficio o técnica por sobre el empleo de maquinarias, herramientas, equipos u otros bienes de capital”*.

primero, establece que: *“Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas”*.

Por su parte, el inciso segundo del artículo segundo dispone que: *“Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario”*.

A continuación, el inciso séptimo del artículo segundo establece que: *“No podrán ser clasificadas como empresas de menor tamaño aquellas que tengan por giro o actividad cualquiera de las descritas en las letras d) y e) de los números 1° y 2° del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta⁹⁶; aquellas que realicen negocios inmobiliarios o actividades financieras, salvo las necesarias para el desarrollo de su actividad principal, o aquellas que posean o exploten a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades o participaciones en contratos de asociación o cuentas en participación, siempre que, en todos estos casos, los ingresos provenientes de las referidas actividades en conjunto superen en el año comercial anterior un 35% de los ingresos de dicho período”*.

Continuando la misma idea, el inciso octavo del artículo segundo dispone que: *“Tampoco podrán ser clasificadas como tales [empresas de menor tamaño] aquellas empresas en cuyo capital pagado participen, en más de un 30%, sociedades cuyas acciones tengan cotización bursátil o empresas filiales de éstas”*.

Finalmente, el inciso noveno del artículo segundo establece que: *“Las clasificaciones de empresas contenidas en otras normas legales se mantendrán vigentes para los efectos señalados en los cuerpos normativos que las establecen”*.

En primer lugar, cabe destacar el criterio aritmético que elige el legislador para establecer la diferenciación entre microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas, siendo en definitiva los ingresos que perciba la empresa en cuestión lo que la clasifica dentro de una de estas categorías. En otras palabras, no existe, a primera vista, solo teniendo como referencia el inciso segundo del artículo segundo de la norma en cuestión, una razón sustantiva que justifique la distinción que hace la ley.

Sin embargo, el inciso séptimo del artículo segundo sí hace empleo de criterios sustantivos, pero no para incluir determinados tipos de empresa dentro de las categorías señaladas anteriormente, sino, por el contrario, para excluirlas. Es el caso de aquellas empresas que tienen por objeto dedicarse al depósito o caución de dineros; a los negocios inmobiliarios o actividades financieras, excepto las necesarias para el desarrollo de su actividad principal; y, a poseer o explotar a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades o participaciones en contratos de asociación o cuentas en participación, siempre que los ingresos provenientes de estas actividades en conjunto superen en el año comercial anterior un 35% de los ingresos de dicho período. Además, en el inciso octavo de la norma se establece que aquellas empresas en cuyo capital pagado participen, en más de un 30%, sociedades cuyas acciones tengan cotización bursátil o empresas filiales de éstas, tampoco califican como micro, pequeña o mediana empresa.

⁹⁶ La letra d) del número segundo del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, se refiere a las rentas que provienen depósitos de dinero; la letra e), por su lado, dice relación con las rentas provenientes de cauciones en dinero.

En segundo lugar, el cuerpo legal en cuestión, más allá de enfocarse en clasificar especies de empresas de menor tamaño, no otorga un concepto sustantivo de lo que debe entenderse por empresa de menor tamaño. Se tiene una definición tautológica (*“Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas”*). Los únicos elementos de fondo que proporciona el legislador para establecer si una empresa corresponde o no a una de menor tamaño, sumado a los requisitos aritméticos señalados precedentemente, son de un orden negativo, es decir, que no deben dedicarse a una serie de actividades económicas.

En último lugar, es menester concordar el inciso noveno del artículo segundo de la norma en comento con el artículo 505 bis del Código del Trabajo, disposición esta última que fue introducida por la misma Ley N° 20.416 en virtud de su artículo 12 numeral tercero, letra a). Dicha norma del Código del Trabajo establece que: *“Para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores”*. Así las cosas, se tiene, en primer término, que el legislador ha expandido, sin un ánimo de sistematizar, el ámbito de aplicación de esta nomenclatura a otros sectores del ordenamiento jurídico; y, en segundo término, que se confunde en la ley laboral las instituciones de empleador y empresa.

Como puede apreciarse, en nuestro ordenamiento jurídico se rehúye de establecer una regulación fundamental de la empresa en su ámbito mercantil, siendo un concepto que, por la multiplicidad de elementos que presenta, es normado por distintos sectores del sistema jurídico. La doctrina ha señalado que esto es problemático por las siguientes razones: en primer lugar, son leyes especiales las que definen para cada materia lo que se entenderá por empresa, de modo que cada rama del Derecho ofrecerá un estatuto jurídico sustancialmente distinto, lo que incide en incoherencias de carácter sistémico; en segundo término, la falta de regulación de la empresa en la legislación comercial en concreto, involucra inconsistencias y vacíos cuando es menester determinar, por ejemplo, responsabilidades de carácter civil, penal o administrativo de la matriz por actividades de la sociedad controlada en el caso de los grupos empresariales; y, en tercer lugar, pueden darse lugar situaciones que, si bien caben dentro de la legalidad, conduzcan a resultados como, por ejemplo, que la matriz exija derechos en el procedimiento concursal de la controlada, en circunstancias que las directrices de la primera han determinado la insolvencia de la segunda⁹⁷.

3. Concepto doctrinal de empresa

Ante el silencio de la legislación en orden a establecer un concepto general de *empresa* que pueda irradiar su contenido a todo el ordenamiento jurídico, la doctrina ha intentado postular una serie de definiciones atendiendo, por una parte, a la naturaleza económica del fenómeno, y, por otra parte, a los diversos elementos jurídicos que forman parte de la empresa.

A modo de prevención, la empresa es ante todo un fenómeno económico, extrajurídico. Tiene una existencia en la realidad material que antecede a su reconocimiento positivo y, por lo tanto, a su existencia normativa en la realidad del Derecho. Por esta razón es que cuando se quiere establecer una conceptualización de lo que debe entenderse por empresa, los autores distinguen entre un concepto económico y un concepto jurídico, toda vez que la actividad económica para ser eficiente y poder adaptarse a los imperativos de producción masiva y demanda a gran escala, necesita adoptar una organización

⁹⁷ CARVAJAL ARENAS, Lorena, cit. (n. 21), pp. 97-98.

determinada, es decir, la empresa. Sin embargo, esta última a su vez reclama a su turno un revestimiento o estructura jurídica que le permita cumplir con la función que le corresponde desarrollar, conforme a los intereses que persiga el empresario⁹⁸.

a) Concepto económico de empresa

La doctrina ha entendido que, en un sentido netamente económico, la empresa corresponde a una organización que reúne y coordina los factores productivos (naturaleza, capital y trabajo), para destinarlos a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado, con el fin de generar ganancias⁹⁹. En este mismo orden, también se ha señalado que lo que caracteriza a la empresa es ser una organización como unidad de elementos materiales, inmateriales y humanos, cuya finalidad apunta a la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios con miras a obtener un lucro, elemento este último que no es esencial¹⁰⁰. Asimismo, se la ha concebido como una organización de capital y trabajo asalariado destinada a un fin económico¹⁰¹. Finalmente, se ha postulado que la empresa es un conjunto organizado de capital y de trabajo destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado¹⁰².

A partir de las conceptualizaciones señaladas anteriormente, la doctrina ha postulado la existencia de elementos básicos de la noción económica de empresa. En primer lugar, se trata de una organización de factores de producción, trabajo y capital; en segundo lugar, la empresa adquiere los factores productivos en un contexto de mercado, al precio que determina la oferta y la demanda; en tercer lugar, la empresa actúa conforme lo establece el mercado; en cuarto término, la empresa combina precios de factores productivos y le interesa el precio del producto, bien o servicio que oferta; y, en último lugar, la empresa tiene como finalidad última lograr la mayor ganancia posible, satisfaciendo no cualquier tipo de necesidad económica, sino más bien una necesidad solvente, o sea, con poder de compra¹⁰³.

Cabe mencionar, como última idea, que la concepción economicista de la empresa tuvo una fuerte presencia en la doctrina del siglo XX, entendiéndose que el fenómeno empresarial, como es un concepto en su esencia económica, no justificaba un ulterior análisis en orden a descomponer los elementos que integran la definición¹⁰⁴. En otras palabras, se postulaba que la empresa era un todo indivisible conformado por la actividad organizada del empresario y los medios personales, materiales e inmateriales sobre los cuales recaía ella en vistas de un determinado fin.

b) Concepto jurídico de empresa

Como respuesta a la postura economicista de la empresa, la doctrina posterior ha estimado que se trata de una unidad económica organizada que constituye un fenómeno complejo, cuyas manifestaciones jurídicas deben analizarse de forma separada e independiente de las puramente económicas, atendiendo a la naturaleza de sus diversos elementos constitutivos¹⁰⁵.

⁹⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 119.

⁹⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 119.

¹⁰⁰ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 140.

¹⁰¹ PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades* (2001, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), I, p. 132.

¹⁰² BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil* (1971, 22ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2015) 1, p. 145.

¹⁰³ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 124.

¹⁰⁴ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 141.

¹⁰⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 141.

Así, la doctrina ha entendido que la empresa es, en términos jurídicos, el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios¹⁰⁶. También se señala que la empresa es la forma o mecanismo organizado de actividad económica (fase externa), sin atender a la combinación de los factores productivos, materiales, inmateriales y humanos (fase interna)¹⁰⁷.

La principal diferencia entre los conceptos economicista y jurídico de empresa es que el segundo remueve del concepto de empresa al conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales destinados a ser explotados, toda vez que, en cuanto instrumentos con una destinación específica, dicen relación con la idea de establecimiento de comercio¹⁰⁸. En otras palabras, la definición jurídica de empresa se reserva solamente para la actividad del empresario, esto es, aquel sujeto que organiza los factores de producción¹⁰⁹.

Para distinguirlo jurídicamente de la empresa, la doctrina ha sentado que el establecimiento de comercio es un conjunto de bienes materiales e inmateriales adscritos a un fin de carácter mercantil, constituyendo uno de los elementos de la empresa, pero no la empresa misma¹¹⁰. Por lo tanto, siendo el establecimiento de comercio, básicamente, un conjunto de bienes puestos al servicio de la empresa, la relación jurídica del empresario, en cuanto titular de la actividad empresarial, con el establecimiento de comercio, puede ser de dominio o propiedad, de arrendamiento o de usufructo¹¹¹.

Concibiendo a la empresa como una actividad, la doctrina postula que ella debe reunir los siguientes requisitos: en primer lugar, de naturaleza económica, en su sentido más amplio posible; en segundo lugar, organizada, esto es, planificada, dirigida a conseguir una unidad de acción afín con los lineamientos establecidos; en tercer lugar, profesional, en el entendido de ser continuada, sistemática, con tendencia a durar y con propósito de lucro que constituya medio de vida; en cuarto lugar, el fin perseguido por ella debe ser la producción de bienes y servicios, o bien, el cambio de los mismos en el mercado, y no el goce o consumo directo por el productor, pues de ser de esta última manera no se estaría satisfaciendo la demanda que exige el mercado¹¹²; y, en quinto término, debe ser desarrollada por una persona llamada empresario¹¹³. Por lo tanto, jurídicamente la empresa es una actividad de naturaleza económica, organizada y profesional que persigue la producción de bienes y servicios en el mercado.

4. Relación entre los conceptos de empresa, empresario y sociedad

Se dijo anteriormente que, a grandes rasgos, la empresa jurídicamente hablando corresponde a una actividad organizada y profesional de orden económico que tiene por objeto la producción de bienes o servicios o el cambio de los mismos en el mercado, todo ello bajo la supervisión de una persona denominada empresario. En otras palabras, de la empresa no puede predicarse que se esté hablando de un sujeto de Derecho como tal, siendo más bien la actividad que realiza un ente con personalidad propia, es decir, el empresario, quien lo hace de una forma organizada y profesional.

¹⁰⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 123.

¹⁰⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), pp. 141-142.

¹⁰⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 141.

¹⁰⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 141.

¹¹⁰ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 146.

¹¹¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), pp. 128-129.

¹¹² SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 122.

¹¹³ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 142.

La doctrina economicista ha definido al empresario como aquella persona que adopta las decisiones y manda con autoridad¹¹⁴. Por otro lado, la doctrina que concibe a la empresa como un concepto jurídico ha establecido que el empresario es aquella persona natural o jurídica que por sí o a través de mandatarios ejerce y desarrolla a nombre propio la actividad constitutiva de la empresa, y es el titular de los derechos y obligaciones que son fruto de esta actividad¹¹⁵. En el mismo orden de ideas, también se ha entendido que el empresario es una persona física o jurídica 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 actividad¹¹⁶. Finalmente, se ha dicho que el empresario *mercantil* es la persona física o jurídica de naturaleza privada que actúa en nombre propio por sí o por medio de otros y realiza para el mercado una actividad comercial¹¹⁷.

A partir de las definiciones proporcionadas, se pueden extraer algunas características comunes que la doctrina le ha atribuido al empresario: en primer lugar, se trata de una persona natural o jurídica, es decir, un sujeto de Derecho; en segundo lugar, actúa personalmente o representado, siempre a nombre suyo; en tercer término, lleva a cabo una actividad constitutiva de empresa que, en vistas del artículo 19 numeral 21 de nuestra Constitución Política, sería cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen; y, por último, adquiere los derechos y obligaciones que nazcan con ocasión del desarrollo de la actividad que lleve a cabo organizada y profesionalmente.

En otro orden de ideas, los conceptos de empresa y sociedad son ontológicamente distintos, toda vez que, en cuanto al primero, se ha dicho que es una actividad organizada y profesional que lleva a cabo un sujeto denominado empresario, y que versa sobre cualquier actividad de índole económica que, en el caso chileno, debe sujetarse a lo que prescribe el artículo 19 número 21 de nuestra Constitución Política, orientada a la producción de bienes o servicios y/o su intercambio en el mercado.

En este contexto, es de suma importancia destacar que la empresa como tal no tiene reconocimiento legal como sujeto de Derecho¹¹⁸. Así lo atestigua, por ejemplo, el artículo 2003 del Código Civil, al disponer que: “*Los contratos de construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes*”. El inciso segundo establece: “*1ª. El empresario...*”. En este caso, nunca se hace referencia a la empresa como un sujeto, más bien, se pone de relieve la persona del empresario, en este caso, que se dedica a la construcción de edificios.

Otro ejemplo lo constituye el artículo 166 del Código de Comercio, ya analizado en su momento, el cual dispone que el empresario de transporte es: “*El que ejerce la industria de hacer transportar personas o mercaderías por sus dependientes asalariados y en vehículos propios o que se hallen a su servicio, se llama empresario de transportes, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo*”. No se define a una empresa de transporte en cuanto sujeto, sino, más bien, al empresario, la persona llamada a realizar una actividad organizada y profesional, en este caso, de transporte.

En cuanto al concepto de sociedad, este está definido en el artículo 2053 del Código Civil en los siguientes términos: “*La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas*

¹¹⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 124.

¹¹⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 142.

¹¹⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 123.

¹¹⁷ BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, cit. (n. 102), p. 93.

¹¹⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 144.

estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan". El inciso segundo de la norma dispone que: *"La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados"*.

Como puede apreciarse, el concepto de sociedad consagra que ella es un sujeto de Derecho en cuanto persona jurídica, distinto de lo que pasa con la empresa en cuanto organización profesional. La sociedad, como destaca la doctrina, constituye una forma o vehículo creado por el legislador para organizar la actividad empresarial, no siendo, por tanto, la empresa misma¹¹⁹. En otras palabras, la sociedad es uno de los tantos ropajes jurídicos que consagra el ordenamiento jurídico para revestir la actividad empresarial.

De hecho, a modo ejemplar, el inciso primero del artículo segundo del Decreto Ley N° 1.006, publicado el 3 de mayo de 1975, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, sobre Estatuto Social de la Empresa (derogado por la Ley N° 18.620, publicada en el Diario Oficial el 6 de julio de 1987, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que estableció un nuevo Código del Trabajo), disponía que: *"Las empresas pueden adoptar las estructuras jurídicas que estimen más adecuadas a sus actividades y finalidades; podrán, por tanto, y sin que esta enunciación sea taxativa, constituirse por una persona natural u organizarse como persona jurídica, ya sea que adopte la forma de cooperativa, sociedad de personas, comunidad, sociedad anónima o cualesquiera otra, sometándose, en cada caso, a los requisitos exigidos por la legislación pertinente"*.

Esta norma aclaraba bastante bien la relación que existe entre los conceptos de empresa y sociedad, toda vez que la empresa, en cuanto actividad y vehículo de emprendimiento, debe adoptar, para existir y desenvolverse a la vida del Derecho, una estructura o ropaje jurídico determinado. De hecho, la misma disposición en comento ejemplificaba formas jurídicas de empresa, tales como una cooperativa, sociedad de personas, comunidad, sociedad anónima, y, en general, *"cualquiera otra"*. Adicionalmente, el final de la norma complementa lo anterior, señalando que cuando a una empresa se le reviste de un determinado ropaje jurídico, se debe someter a los requisitos particulares de cada forma empresarial exigidos por la legislación pertinente. En otras palabras, cada velo jurídico tiene su propio estatuto.

Habiendo despejado la distinción entre empresa y sociedad, existen categorías de emprendimiento, atendiendo, por una parte, a si es realizado individual o colectivamente, y, por otra parte, si el ordenamiento jurídico establece que por el hecho de adoptar determinada forma empresarial, ella está dotada o no de personalidad jurídica propia. Por ejemplo, en primer lugar, una especie de emprendimiento individual sin personalidad jurídica sería aquel que lleva a cabo un comerciante persona natural que, como tal, vende habitualmente artefactos electrónicos, contando para ello con un establecimiento de comercio que arrienda. En segundo lugar, un ejemplo de emprendimiento individual realizado con personalidad jurídica es el de un empresario que constituyó formalmente una empresa individual de responsabilidad limitada o una sociedad por acciones, caso este último si es el único accionista de ella. En tercer lugar, un emprendimiento colectivo sin personalidad jurídica vendría a ser la asociación o cuentas en participación, o bien, un supuesto de sociedad de hecho, en los términos del artículo 356 del Código de Comercio¹²⁰. Finalmente, el emprendimiento colectivo realizado con personalidad jurídica se identifica por antonomasia con las sociedades, entendidas en los términos del artículo 2053 del Código Civil, es decir, compuestas por dos o más personas.

¹¹⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 144.

¹²⁰ El artículo 356 del Código de Comercio se refiere a la sanción de nulidad de pleno derecho cuando la sociedad no consta de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado.

En materia de sociedades, el artículo 2059 del Código Civil dispone, a propósito de las diferentes especies de sociedad, que: *“La sociedad puede ser civil o comercial”*. Su inciso segundo señala: *“Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles”*. Después, el artículo 2061 del Código Civil establece que: *“La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima”*. Además, el artículo primero de la Ley N° 3.918, de 1923, estatuye que: *“Se autoriza el establecimiento de sociedades civiles y comerciales con responsabilidad limitada de los socios, distintas de las sociedades anónimas o en comandita”*.

Por lo tanto, el Derecho comercial está llamado a proporcionar las distintas formas o ropajes jurídicos que la empresa puede adoptar para su funcionamiento, de acuerdo con su naturaleza e importancia económica, estableciendo asimismo el estatuto jurídico al cual está sujeto el empresario, es decir, sus derechos, deberes y obligaciones¹²¹.

En síntesis, la relación existente entre los conceptos de empresa y sociedad es que la segunda es en sí uno de los tantos ropajes jurídicos que establece el legislador en materia mercantil, con tal que el empresario pueda, por regla general, decidir libremente la forma que adoptará su emprendimiento¹²², lo que conlleva a la aplicación de un determinado estatuto jurídico que comprende derechos, deberes y obligaciones.

5. Del comerciante al empresario comercial: justificación de la mercantilidad formal

A modo preliminar, tanto el comerciante como el empresario constituyen sujetos de la actividad mercantil, pero distanciados por un criterio temporal. El comerciante pertenece a un contexto donde la empresa era considerada una actividad basada en la intermediación o especulación, donde el empresario se interponía entre quien solicitaba servicios y la fuerza de trabajo necesaria para producirlos¹²³. Primaba la riqueza estática (propiedad de la tierra y hereditaria) y se vivía dentro de una sociedad fuertemente patriarcal¹²⁴. En cambio, la figura del empresario contemporáneo dice relación con la empresa en cuanto vehículo de enriquecimiento en una situación económica industrializada, donde dicho sujeto se caracteriza por ser un productor de riqueza que produce directamente para el mercado, primando la riqueza dinámica (capital y actividad especulativa organizados a través de la empresa)¹²⁵. De este modo, el empresario comercial es el sustituto histórico del comerciante, toda vez que las formas jurídicas deben corresponderse con la realidad económica, donde actualmente la empresa tiene un rol fundamental en el comercio como sostén del proceso económico¹²⁶.

El comerciante está definido en el artículo séptimo del Código de Comercio. La norma establece que: *“Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”*. A continuación, el artículo octavo dispone que: *“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”*. En conformidad con lo anterior, los artículos 22 y siguientes del Código de Comercio reglan las obligaciones de los comerciantes, las cuales son, a grandes rasgos, inscribir ciertos documentos en el registro de comercio y llevar contabilidad.

¹²¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 119.

¹²² Por ejemplo, la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, establece en su artículo 126 que las empresas que se dediquen a los rubros de seguros, fondos de pensiones y bolsas de valores, entre otras, deben necesariamente estar constituidas como sociedades anónimas especiales.

¹²³ CARVAJAL ARENAS, Lorena, cit. (n. 21), pp. 90-91, 95.

¹²⁴ CARVAJAL ARENAS, Lorena, cit. (n. 21), pp. 90-91.

¹²⁵ CARVAJAL ARENAS, Lorena, cit. (n. 21), pp. 90-91.

¹²⁶ CARVAJAL ARENAS, Lorena, cit. (n. 21), pp. 91.

La primera cuestión que resalta a partir del artículo séptimo del Código de Comercio, es que las reglas están estructuradas sobre la base de que el comerciante es una persona natural, cuestión que se evidencia a partir del requisito de “*capacidad para contratar*” que consagra la definición legal. Esta capacidad dice relación con la capacidad de ejercicio y no de goce, en la nomenclatura del Derecho civil, pues el comerciante, en su calidad de sujeto activo del comercio, no requiere únicamente tener la facultad de ser un centro de imputación de efectos jurídicos, sino que también debe poder ser titular de derechos y obligaciones¹²⁷.

Atendiendo al número 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho fundamental de libertad en materia económica, se ha dicho que, como manifestación de ello, la regla general en materia mercantil es la plena capacidad de ejercicio y la libertad de comercio¹²⁸. Sin embargo, el Código de Comercio establece regímenes especiales en materia de capacidad para practicar el comercio, como es el caso del menor adulto comerciante (artículos 10 y 18 del Código de Comercio); de la mujer casada comerciante (artículo 11 del Código de Comercio); y, de la mujer divorciada o separada de bienes comerciante (artículo 16 del Código de Comercio). Todas estas hipótesis especiales evidencian, por lo demás, el hecho de que la ley mercantil está haciendo referencia a personas naturales.

En segundo término, el comerciante para ser tal debe dedicarse al comercio de forma profesional y habitual. Se trata de requisitos copulativos, por lo que no puede ser comerciante quien carece de uno de ellos.

Respecto a la determinación de lo mercantil, el Código de Comercio se estructura sobre la base de la mercantilidad objetiva, de modo que la definición de comerciante hay que analizarla bajo la afirmación de que son mercantiles aquellos actos que la ley califica como comerciales, esto es, los actos de comercio del artículo tercero del Código de Comercio.

En cuanto a la habitualidad y profesionalidad, se trata de requisitos copulativos que no están conceptualizados expresamente en el Código de Comercio. Ante esta problemática, la doctrina ha señalado que será el juez quien califique en el procedimiento judicial respectivo la presencia o no de estas características en la actividad y ánimo del presunto comerciante, en base a los antecedentes de prueba que se aporten para el efecto¹²⁹. La habitualidad corresponde a la ejecución reiterada de actos comerciales¹³⁰. En cuanto a la profesionalidad, se trata de un ánimo o espíritu de tornar a la habitual comisión de actos mercantiles el modo de vida de una persona¹³¹. Lo anterior encuentra su fundamento en el artículo octavo del Código de Comercio, en cuanto a que “*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*”. Por lo demás, existe consenso en cuanto a que ello no involucra de modo alguno la exclusividad respecto a la actividad de que se trate¹³².

En tercer término, el comerciante debe actuar a nombre propio, es decir, de forma tal que los efectos de los actos y contratos que ejecute o celebre, respectivamente, se radiquen en su patrimonio. En este mismo sentido, el artículo 1448 del Código Civil dispone que: “*Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla,*

¹²⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 202.

¹²⁸ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 203.

¹²⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 133.

¹³⁰ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 133.

¹³¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, cit. (n. 1), p. 134.

¹³² JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, cit. (n. 2), p. 206.

produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo". Así es como, por ejemplo, el representante de una sociedad colectiva comercial, a pesar de que habitualmente y de forma profesional celebre contratos mercantiles en representación de ella, no va a tener jamás el carácter de comerciante, pues los efectos de la convención se van a radicar en el patrimonio de la sociedad en cuanto la ley le reconoce personalidad jurídica propia.

Habiendo terminado el análisis de la figura del comerciante decimonónico, es menester examinar la entidad del empresario, cuyo desarrollo se encuentra en los siglos XX y XXI.

Conforme han evolucionado el tráfico jurídico y los usos y costumbres mercantiles para lograr facilitar el intercambio de bienes y servicios, el legislador ha debido reaccionar para que el Derecho comercial no se limite a ser el Derecho de los actos de comercio. La tendencia legislativa ha sido la de ampliar el estatuto jurídico comercial mediante el establecimiento de ropajes jurídicos que, en cuanto formas que tiene a su disposición una persona denominada empresario, sirven para revestir jurídicamente la empresa.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el fenómeno que a lo largo de este trabajo de investigación se ha analizado, pues la mercantilidad formal, según se ha visto, en Derecho comercial tiene sus principales manifestaciones: en primer lugar, en materia de sociedad anónima (Ley N° 18.046); en segundo lugar, en materia de empresa individual de responsabilidad limitada (Ley N° 19.857); y, en tercer lugar, en materia de sociedad por acciones (Código de Comercio, artículos 424 y siguientes, cuya redacción actual proviene de la Ley N° 20.190). Se trata de tipos empresariales donde la ley ha mercantilizado elementos como, por un lado, la personalidad jurídica que pasa a revestir al empresario como consecuencia de la forma jurídica con la que este ha cubierto a su empresa, y, por otro lado, la actividad u objeto mismo a explotar, por más que no se condiga con un acto de comercio de aquellos del artículo tercero del Código de Comercio. En estas hipótesis el legislador ha querido dejar atrás al criterio objetivo de mercantilidad como la única fuente de comerciabilidad en el Derecho mercantil chileno, pues actualmente existen actos que son considerados por su esencia como mercantiles para todo caso, y personas que, por el contexto económico actual, donde no hay manera de poder participar en un mercado de producción en serie y en masa si no es mediante una actividad organizada y profesional, se entiende que son sujetos que en todo momento se relacionan con el comercio, presumiéndose que son mercantiles por esa razón.

Así las cosas, el concepto de comerciante ha quedado desfasado, toda vez que encontró su ámbito de aplicación en un contexto político, social, económico y jurídico donde el comercio era ejercido por personas naturales, con reglas de capacidad que impedían que cualquiera persona pudiera emprender bajo esa calidad (por ejemplo, el menor adulto, la mujer casada bajo sociedad conyugal) y con una actividad que debía ser habitual, profesional y estrictamente comercial sobre la base de un elenco de actos taxativamente señalados por el legislador. Ahora es el empresario quien, mediante la organización profesional de una actividad que tiene por objeto la producción de bienes o servicios para satisfacer necesidades económicas en un contexto de mercado, es el principal sujeto del Derecho comercial. El comerciante ha sido desplazado por la figura del empresario, el cual, además de ser regulado por el Derecho comercial, es normado en otros sectores del ordenamiento jurídico, tales como el laboral, tributario, administrativo, entre otros.

A partir de lo dicho, podemos establecer las siguientes diferencias entre el comerciante y el empresario.

En primer lugar, desde un punto de vista conceptual, el comerciante está definido expresamente en la legislación chilena, en el artículo séptimo del Código de Comercio. En cambio, el empresario como institución general no está conceptualizado en el ordenamiento jurídico chileno, sino solamente para efectos de algunos sectores, atendiendo a su naturaleza económica antes que jurídica. Se trata, por lo tanto, de un concepto sectorial, que no obedece a una sistematización coherente.

En segundo lugar, el comerciante, bajo la lógica decimonónica, parece ser una persona natural, atendiendo al requisito de capacidad y los casos especiales que tratan los artículos octavo y siguientes del Código de Comercio. Por su lado, el empresario actualmente puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, pues lo que interesa es que sea el sujeto a cargo de llevar a cabo una actividad organizada y profesional, con el fin de producir bienes y servicios para ser ofrecidos en un mercado para satisfacer necesidades económicas en serie o en masa. Además, desde el punto de vista de la separación de patrimonios para limitar los riesgos y, por lo tanto, la responsabilidad eventual, los ropajes jurídicos con los cuales el legislador permite que se revista a la empresa dan nacimiento a una persona jurídica, que es el principal sujeto actual del tráfico jurídico mercantil.

En este orden de ideas, es importante mencionar que puede suceder que el empresario persona jurídica pueda dar nacimiento a otras personas jurídicas. Por ejemplo, en materia de sociedades anónimas se reconoce la figura de las sociedades filiales y coligadas¹³³, además de la división, transformación y fusión¹³⁴. Asimismo, los propios conceptos de sociedad anónima y sociedad por acciones no establecen que estos tipos empresariales se conformen por personas naturales, sino que, en el primer caso, “... *por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables*”¹³⁵, y, en el segundo, “... *por una o más personas mediante un acto de constitución [...], cuya participación en el capital es representada por acciones*”¹³⁶. Distinto es el caso de la Ley N° 19.857, sobre empresa individual de responsabilidad limitada, que en su artículo primero dispone que: “*Se autoriza a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada...*”. Esta última norma es importante porque busca prohibir que personas jurídicas puedan constituir este tipo de empresas, pues se quiere que las personas físicas sean las que emprendan de este modo, ya que organizar así jurídicamente su empresa no les significaría una gran capitalización que persiga expandirse para buscar accionistas, pues ello es propio de tipos empresariales más complejos como la sociedad anónima.

En tercer lugar, la calidad de comerciante, según la tradición jurídica del Código de Comercio de Chile, al final del día corresponde determinarla a los jueces del fondo, atendiendo a la constatación del elemento de habitualidad y profesionalidad en la dedicación de este respecto del comercio. En cambio, el empresario, como en la actualidad es un concepto cada vez más recurrente en el tráfico jurídico, el legislador ha dispuesto que en determinados casos, tales como la sociedad anónima y la empresa individual de responsabilidad limitada, por el solo hecho de estar una empresa revestida de una determinada forma jurídica, se presume que el empresario detrás de la actividad de empresa es un comerciante. En otras palabras, la calidad de comerciante, desde el punto de vista decimonónico, no se presume, a diferencia de lo que sucede en algunas hipótesis hoy en día.

¹³³ Artículos 86 a 93 de la Ley N° 18.046.

¹³⁴ Artículos 94 a 100 de la Ley N° 18.046.

¹³⁵ Artículo primero de la Ley N° 18.046.

¹³⁶ Artículo 424 del Código de Comercio.

En cuarto lugar, el estatuto jurídico del comerciante hoy en día es sumamente acotado para efectos de asimilar la noción de empresario dentro de él. Por lo mismo es que la ley, cuando establece que una determinada persona jurídica será comerciante, en verdad está prescribiendo que el empresario del caso concreto debe cumplir con las obligaciones que establece la legislación para los comerciantes. No es que el empresario ontológicamente se vuelva un comerciante, sino que pasa a regirse por su estatuto jurídico. Esto es así considerando que el empresario debe desempeñar una actividad empresarial sustancialmente distinta al emprendimiento que ejercía el comerciante del siglo XIX, comprendiendo más factores que hacen operativas otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho del trabajo, tributario o administrativo, de modo que la empresa es un fenómeno en sí complejo.

En quinto lugar, es menester tener presente la tendencia que ha existido en el Derecho comercial contemporáneo en orden a consagrar la limitación de responsabilidad del empresario con ocasión del desarrollo de su emprendimiento. Esto sin lugar a duda ha sido una herramienta sumamente efectiva para fomentar que las personas participen activamente del comercio, pues uno de los principales problemas de la legislación decimonónica era la responsabilidad ilimitada a la que se sometían las personas que querían emprender, pues debían soportar las deudas contraídas con ocasión de su actividad con todo su patrimonio personal. Esto pasaba, por ejemplo, en materia de sociedad colectiva, tanto civil como mercantil, donde, sin perjuicio que en la primera los socios pueden optar entre un régimen de responsabilidad simplemente conjunta o mancomunada y uno de responsabilidad solidaria en la fase de obligación a la deuda¹³⁷, y en la segunda todos ellos son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social¹³⁸, en ambos supuestos, si bien existe un patrimonio de afectación empresarial o social separado del patrimonio personal o propio de cada uno de los socios, no se presenta un factor de limitación de responsabilidad que haga incomunicables los patrimonios de la persona jurídica de la sociedad y las personas naturales de los socios individualmente considerados. Este patrimonio de afectación se trata de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones transferibles y con valor pecuniario, distinto del patrimonio personal, del que es dueño el empresario, que tiene por objeto ser el centro de imputación de efectos jurídicos que sean consecuencia de los actos o contratos, ejecutados y celebrados, respectivamente, por el empresario durante la explotación comercial. En otras palabras, se ha buscado que esta separación de patrimonios sirva para limitar la responsabilidad eventual del empresario, con tal que no exista comunicabilidad entre su patrimonio propio y el patrimonio de la empresa que este desarrolla.

Por lo anterior es que se dio nacimiento a la sociedad de responsabilidad limitada, en virtud de la Ley N° 3.918, publicada en el Diario Oficial el 14 de marzo de 1923; la sociedad anónima y su regulación actual, contenida en la Ley N° 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981; la empresa individual de responsabilidad limitada, consagrada en la Ley N° 19.587, publicada en el Diario Oficial el 11 de febrero de 2003; y, la sociedad por acciones, establecida en el Código de Comercio, artículos 424 y siguientes, por la Ley N° 20.190, publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 2007.

En sexto lugar, el requisito común de profesionalidad que se le exige tanto al comerciante como al empresario, si bien tiene en común un sustrato de dedicación que constituya medio de vida para el sujeto de que se trata, es cualitativamente distinto. Desde el punto de vista del comerciante debe existir, por parte de un sujeto capaz para contratar,

¹³⁷ Artículo 2095 del Código Civil.

¹³⁸ Artículo 370 del Código de Comercio.

una realización, por regla general, repetitiva, del comercio, esto es, los actos de comercio que consagra la ley.

En cambio, la organización profesional de la actividad que tiene que llevar a cabo el empresario difiere sustancialmente del requisito de profesionalidad del comerciante. Por un lado, el contexto actual es el de una economía de mercado donde el desarrollo de las tecnologías y la evolución de los usos y costumbres mercantiles, junto con una creciente demanda para satisfacer necesidades económicas de las más diversas índoles, ha desembocado en que los estándares de producción de bienes y prestación de servicios tiendan cada vez más a su perfeccionamiento en un comercio donde se compite en base a criterios como la calidad y la cantidad. Así, el empresario se ve en la necesidad de ordenar elementos de disímil naturaleza que, por regularse en distintas normas del ordenamiento jurídico, tienen como correlato que el empresario es un sujeto de Derecho no solo para el Derecho comercial, sino para otras ramas del sistema jurídico, teniendo distintos estatutos jurídicos. Por otro lado, en esta constante intención por parte de los empresarios para poder participar más y de mejor manera en este tipo de economía lleva a complejizar los medios de que se valen, los productos y servicios que ofrecen y, en general, la actividad económica misma, por lo que los estándares de profesionalidad tienden al alza cualitativamente hablando.

Además, cabe destacar que se decía que la profesionalidad del comerciante viene dada por las características de la dedicación que este hiciera del comercio entendido como acto de comercio. En cambio, lo mercantil para el empresario persona jurídica, si bien sigue siendo establecido por la ley y no por su calidad de sujeto preeminente del Derecho comercial, no se agota necesariamente en los actos de comercio que consagra el legislador. Como se ha visto, hoy en día el ordenamiento jurídico comercial chileno establece, además de los actos de comercio en cuanto manifestaciones de la mercantilidad objetiva, supuestos en los cuales la mercantilidad viene dada, por un lado, por la forma de determinados documentos mercantiles, y, por otro lado, por la forma o ropaje jurídico que adoptan determinadas organizaciones empresariales.

Esto se relaciona también con el objeto mismo de la organización profesional del sujeto. El empresario para ser tal no necesita desempeñar necesariamente una actividad comercial, pudiendo dedicarse, por ende, a actividades de carácter civil sin por ello perder su calidad, toda vez que lo que caracteriza al empresario es ser un concepto que proviene de la economía, que organiza profesionalmente una actividad para la producción de bienes y servicios y ofrecerlos al mercado. El comerciante, en cambio, debe hacer del comercio su profesión habitual para ser tal. Esto se justifica por la amalgama de elementos de diversa naturaleza que se desenvuelven en la empresa como fenómeno complejo de la economía actual, por lo que el empresario es una categoría que, como se ha dicho, trasciende al Derecho comercial.

V. CONCLUSIONES

1. Los albores del Derecho comercial se relacionan directamente con una clase social que hizo del comercio su profesión habitual. Ante la insuficiencia del Derecho civil, los comerciantes fueron creando paulatinamente sus propios usos, es decir, un conjunto de normas y principios establecidos para facilitar el intercambio de bienes y la prestación de servicios. Sin embargo, con el paso del tiempo, la relevancia de la costumbre mercantil y de los comerciantes motivó a que estos mismos crearan un estatuto jurídico que tuviera por objeto, en primer lugar, reglar sus relaciones con aquellos que no lo eran, y, en segundo lugar, instituir tribunales especiales que fallaran las contiendas que se suscitaban entre estos.

En esta etapa al Derecho mercantil se le vio como el Derecho de los comerciantes, presentado rasgos fuertemente subjetivistas.

2. Como consecuencia de los cambios ideológicos e intelectuales de la Europa del siglo XVIII y comienzos del XIX, se abandonó la concepción subjetiva del Derecho comercial, pues se entendía que atentaba contra la igualdad de las personas ante la ley. Se estableció así un sistema mercantil que se estructuró sobre el supuesto de que lo comercial emanaba única y exclusivamente de la actividad económica que la ley entendiera como tal. El Derecho mercantil era considerado ya no como el Derecho de los comerciantes, sino, más bien, como el Derecho de los actos de comercio.

Sin embargo, durante los siglos posteriores al establecimiento de los Códigos de comercio basados en el Código de Comercio francés de 1807, se ha podido constatar tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial que la noción de acto de comercio no ha podido subsumir todas las actividades que, conforme pasa el tiempo, son inequívocamente mercantiles. Ello se debe principalmente al pretendido carácter taxativo que se quiso imprimir en las normas que consagran los actos de comercio en una suerte de *numerus clausus*, lo que claramente pugna con el carácter dinámico de la actividad comercial, que naturalmente va encontrando nuevos cauces para facilitar el intercambio de bienes y la prestación de servicios.

3. Como consecuencia de la insuficiencia del criterio objetivo de mercantilidad para abarcar la nueva realidad del comercio, ha existido una tendencia en la legislación chilena que obedece a motivos prácticos, precisamente, con tal que el Derecho comercial no quede desfasado. El fenómeno de la mercantilidad formal corresponde a una técnica legislativa en virtud de la cual la ley, por la utilización de una determinada forma en el tráfico jurídico, establece que ciertos actos, personas jurídicas o actividades económicas serán consideradas comerciales. Esto tiene consecuencias sumamente importantes desde el punto de vista práctico, puesto que, por ejemplo, por considerar que una persona es un comerciante, tendrá que cumplir con las obligaciones legales respectivas. Asimismo, si se considera que un determinado contrato y sus obligaciones son comerciales, existirán reglas especiales en materia, por ejemplo, de prescripción.

4. La mercantilidad formal detectada en la legislación comercial tiene dos principales manifestaciones: en primer lugar, los actos formales de comercio, establecidos en el artículo tercero número diez del Código de Comercio; y, en segundo lugar, determinadas formas jurídicas que puede revestir una empresa. Estas últimas corresponden a la sociedad anónima, la empresa individual de responsabilidad limitada y la sociedad por acciones. El alcance de la mercantilidad de cada una de ellas está determinado por la técnica legislativa utilizada por el legislador, que, dicho sea de paso, es distinta para cada hipótesis.

5. Un antecedente importante a la hora de encontrar la justificación de la existencia de la mercantilidad formal en el Derecho comercial chileno viene a ser la importancia de dos conceptos: empresa y empresario. La empresa, vista en su acepción jurídica, corresponde a una actividad económica organizada y profesional, llevada a cabo por un empresario para la producción de bienes o servicios, o el cambio de los mismos en el mercado, con tal de satisfacer la demanda que en él existe.

En materia de empresa, la legislación chilena no contempla un conjunto sistemático y coherente de normas que la definan y regulen armónicamente. Más bien, establece regulaciones sectoriales que atienden a cada rama del ordenamiento jurídico, atendiendo a los distintos elementos de disímil naturaleza que la conforman.

6. Otro antecedente relevante para justificar la existencia normativa de la mercantilidad formal es el concepto de empresario. Este corresponde a una persona natural o jurídica 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 derechos nacidos de esa actividad.

El concepto de empresario es sustancialmente distinto al de comerciante, atendiendo el contexto político, social, económico y jurídico donde surgen ambas nociones. Si bien ambos constituyen sujetos del Derecho mercantil, el segundo corresponde a una entidad que ha quedado desfasada, por ser una categoría decimonónica acotada necesariamente al Derecho comercial, que, por lo mismo, no responde adecuadamente a los estándares jurídicos de hoy en día. El empresario es el nuevo sujeto del ordenamiento jurídico, toda vez que es una construcción hecha para afrontar las problemáticas que el desarrollo de las tecnologías y el cambio de los usos y costumbres mercantiles plantean al Derecho para regular el comercio, pues este último siempre ha buscado la informalidad y la inmediatez. Precisamente, la norma jurídica ha constatado la relevancia de las figuras de empresa y empresario al establecer la mercantilidad formal para ciertos ropajes jurídicos, de modo que por el solo hecho de revestir jurídicamente la empresa de dichos mantos, se estará ante el sujeto por antonomasia del Derecho mercantil actual. La mercantilidad formal es, por tanto, la reacción jurídica que ha tenido el legislador comercial chileno de finales del siglo XX y XXI para mantener la vigencia del Derecho comercial como el conjunto de normas jurídicas que regulan el comercio y los sujetos que participan de él.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Significación de la atribución de mercantilidad a las sociedades anónimas: un comentario jurisprudencial*, en Revista Ius et Praxis 15 (2009) 1.

AGUIRRE BRAND, María Laura, *Gobierno corporativo en la sociedad por acciones*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2010).

BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Tratado de derecho comercial*, (Cuarta edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008), Tomo I.

BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Tratado de derecho comercial*, (Cuarta edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008), Tomo II.

BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Tratado de derecho comercial*, (Cuarta edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2008), Tomo III.

BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, (Vigésimo segunda edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2015), Tomo I.

CABALLERO GERMAIN, Guillermo, *Declaración de quiebra de un deudor calificado. Carácter siempre mercantil de una sociedad anónima. Sentencia Corte Suprema, 29 de agosto de 2013, rol 3309-2013, cita CL/JUR/1919/2013; sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de abril de 2013, rol 3392-2012 y sentencia Décimo Juzgado Civil de Santiago, de 10 de mayo de 2012, rol C-5659-2012*, en Revista Chilena de Derecho Privado (2013) 21.

CARVAJAL ARENAS, Lorena, *La codificación del derecho comercial chileno y sus ejes*, en Revista Chilena de Derecho 44 (2017) 1.

COMISIÓN DE ESTUDIO DE NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL, Primera y Tercera subcomisión (2017).

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Instituciones de derecho comercial* (Cuarta edición, Santiago, Legal Publishing Chile, 2016) Tomo I.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del “código civil” de Chile sobre interpretación de las leyes* (Segunda edición, Santiago, Legal Publishing Chile, 2015).

HERRERA RAMÍREZ, Jorge, *Rentas municipales* (Primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988) I.

HISTORIA DE LA LEY N° 19.857, Biblioteca del Congreso Nacional.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.190, Biblioteca del Congreso Nacional.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Curso de derecho comercial* (Segunda edición, Santiago, Legal Publishing Chile, 2017) Tomo I.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Curso de derecho comercial* (Primera edición, Santiago, Legal Publishing Chile, 2015) Tomo II, Volumen 2.

KAUFMANN, Arthur, *El pensamiento jurídico contemporáneo* (España, Editorial Debate, 1992).

MENSAJE DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE CHILE, 1865.

MERELLO ARECCO, Ítalo, *Historia del derecho* (reimpreso 2012, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1983).

MORAND VALDIVIESO, Luis, *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002).

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades* (Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001) Tomo I.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades* (Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001) Tomo II.

PUGA VIAL, Juan Ignacio, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* (Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013) Tomo I.

PUGA VIAL, Juan Ignacio, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* (Segunda edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013) Tomo II.

PUGA VIAL, Juan Ignacio, *El acto de comercio: crítica a la teoría tradicional* (Primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005)

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial* (Primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015) Tomo I

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial*, (Primera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015) Tomo II

UBILLA GRANDI, Luis, *De las sociedades y las E.I.R.L. Requisitos, nulidad y saneamiento* (Primera edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005).

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del derecho comercial* (Primera edición, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile, 2013).

JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol N° 946-2006.

SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol N° 7118-2008.

SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol N° 9513-2009.

SENTENCIA CORTE SUPREMA, Rol N° 3309-2013.

NORMAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL DE CHILE, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado es establecido por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2000.

CÓDIGO DE COMERCIO DE CHILE, publicado en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1865.

CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado es establecido por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el Diario Oficial el 16 de enero de 2003.

CÓDIGO TRIBUTARIO DE CHILE, establecido por el Decreto Ley N° 830, publicado en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1974.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado es establecido por el Decreto Supremo N° 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2005.

DECRETO LEY N° 825, publicado en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1974.

DECRETO LEY N° 1.006, publicado en el Diario Oficial el 3 de mayo de 1975.

DECRETO SUPREMO N° 2.385, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial el 20 de noviembre de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 3.063, de 1979.

LEY N° 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981.

LEY N° 18.092, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1982.

LEY N° 19.857, publicada en el Diario Oficial el 11 de febrero de 2003.

LEY N° 20.190, publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 2007.

LEY N° 20.416, publicada en el Diario Oficial el 3 de febrero de 2010.

LEY N° 20.720, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 2014.