

JAIME ALCALDE SILVA
JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
(Dirs.)

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Estudios con ocasión
del sesquicentenario del Código
de Comercio de la República
de Chile
(1865-2015)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	9

PROLEGÓMENOS

NOTA PRELIMINAR , <i>por Jaime Alcalde Silva y José Miguel Embid Irujo</i>	15
PRÓLOGO , <i>por Arturo Prado Puga</i>	17
PRESENTACIÓN , <i>por Ricardo Sandoval López</i>	21

PÓRTICO

CRÓNICA SOBRE EL CONGRESO INTERNACIONAL «EL CÓDIGO DE COMERCIO Y SUS 150 AÑOS. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CODIFICACIÓN COMERCIAL» (SALÓN DE HONOR DEL CONGRESO NACIONAL, SANTIAGO DE CHILE, 23 DE NOVIEMBRE DE 2015) , <i>por Jaime Alcalde Silva</i>	41
I. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE CHILE	41
II. LA CELEBRACIÓN DEL SESQUICENTENARIO DURANTE 2015.....	42
III. LA REPRODUCCIÓN FACSIMILAR DE LA EDICIÓN PRÍNCIPE DEL CÓDIGO DE COMERCIO	43
IV. EL CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE EL PASADO, EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL	44
V. OTRAS CONMEMORACIONES	47
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	48

PRIMERA PARTE
EL CONTEXTO DE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL

EL CÓDIGO DE COMERCIO DE CHILE EN LA HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL , <i>por Dionisio A. Perona Tomás</i>	53
I. INTRODUCCIÓN	53
II. LOS PRIMEROS TIEMPOS	53
III. LA EDAD MEDIA	54
IV. LA EDAD MODERNA	56
V. HACIA UN NUEVO DERECHO	61
VI. LOS PRIMEROS CÓDIGOS	62
VII. LA CODIFICACIÓN MERCANTIL	64
VIII. LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA	66
IX. LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA EN IBEROAMÉRICA EN LOS PRIMEROS TIEMPOS	68
X. EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL EUROPEA	69
XI. LA CODIFICACIÓN MERCANTIL EN IBEROAMÉRICA: CHILE Y ARGENTINA	70
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	73
 LOS PRINCIPIOS CARDINALES DE UN CÓDIGO DE COMERCIO , <i>por Lorena Carvajal Arenas</i>	 77
I. INTRODUCCIÓN	77
II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	78
III. LA BUENA FE	80
IV. CONCLUSIÓN	86
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	87
JURISPRUDENCIA CHILENA CITADA	88
 LAS TENDENCIAS COMPARADAS EN LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL , <i>por Isabel Margarita Zuloaga Ríos</i>	 89
I. INTRODUCCIÓN	89
II. CIERTAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES	89
III. LAS TENDENCIAS DE ARMONIZACIÓN	93
1. Las tendencias de armonización en el plano internacional	94
a) Las razones para armonizar	95
b) Las materias objeto de armonización	96
c) Las fuentes de armonización	98
d) Los actores en los esfuerzos de armonización	101
2. Las tendencias de armonización en el plano regional	103
a) Las razones para armonizar	103
b) Los actores en los esfuerzos de armonización	103
c) Las fuentes de armonización	104
d) La situación de la Unión Europea	106
3. Las interacciones entre las armonizaciones de alcance global y regional ...	107
IV. LAS TENDENCIAS DE CODIFICACIÓN	109
1. Las tendencias de codificación en el plano regional	109

	Pág.
2. Las tendencias de codificación en el plano nacional.....	110
V. CONCLUSIONES.....	114
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	115
LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI/UNCITRAL) Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL, por Rafael Illescas Ortiz.....	117
I. INTRODUCCIÓN	117
II. EL DESPLIEGUE GLOBAL —GEOGRÁFICO E INTELECTUAL— DE LA CNUCCIM.....	118
1. El despliegue geográfico propiamente dicho.....	119
2. Las nuevas conceptología y terminología	120
a) La oferta y la perfección del contrato	120
b) La batalla de formularios.....	121
c) La regla de la razón	121
d) El precio abierto	122
e) La puesta a disposición	122
f) La conformidad y falta de conformidad (de la cosa entregada).....	122
g) El incumplimiento esencial	123
3. El despliegue intelectual	123
III. LA «INVENCIÓN» DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	124
1. La equivalencia funcional de los actos empresariales electrónicos	125
2. La inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados	127
3. La neutralidad tecnológica	128
4. La buena fe	128
LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL PREPARADA POR LA SECCIÓN 2.^a DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DE ESPAÑA, por Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano	131
I. EL PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO.....	131
II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, LA UNIDAD DE MERCADO Y EL DERECHO MERCANTIL.....	132
III. EL EMPRESARIO Y EL OPERADOR ECONÓMICO	133
IV. EL PUNTO DE PARTIDA.....	134
V. ¿POR QUÉ ELABORAR UN CÓDIGO MERCANTIL?.....	134
VI. LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO	135
VII. LA DELIMITACIÓN DE LA MATERIA MERCANTIL	136
VIII. LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA	137
IX. EL CÓDIGO COMO OBRA COLECTIVA.....	137
X. EL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO	138
XI. EL CONTENIDO DE CADA LIBRO DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO	140
XII. LAS DIFICULTADES ADICIONALES PARA LA REALIZACIÓN DEL CÓDIGO.....	142
XIII. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL CÓDIGO MERCANTIL.....	143

SEGUNDA PARTE

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN EUROPA

EL DERECHO MERCANTIL EN EUROPA: PERSPECTIVA GENERAL , por <i>José Miguel Embid Irujo</i>	147
I. EL DERECHO MERCANTIL Y LA RENOVACIÓN DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS (A MODO DE INTRODUCCIÓN).....	147
1. Presentación	147
2. La continuidad histórica del Derecho mercantil.....	148
3. ¿Resulta pertinente hoy la reflexión dogmática sobre la naturaleza y caracteres del Derecho mercantil? El ensayo como método.....	149
4. Propósito del presente trabajo.....	151
II. LA DENOMINACIÓN «DERECHO MERCANTIL»	153
1. La continuidad terminológica	153
2. Las tendencias innovadoras.....	153
III. EL CONTENIDO DEL DERECHO MERCANTIL.....	156
1. De la periferia al núcleo	156
2. La empresa como «centro organizador» del Derecho mercantil en el siglo xx.....	157
3. El progresivo relieve del mercado	159
IV. LA ORDENACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO MERCANTIL.....	161
1. El predominio de la ley y su progresiva complejidad	161
2. El protagonismo creciente del Derecho blando (<i>soft law</i>).....	162
V. LA NATURALEZA DEL DERECHO MERCANTIL (A MODO DE CONCLUSIÓN).....	163
1. Premisa	163
2. El tratamiento doctrinal del Derecho mercantil (<i>excursus</i> metodológico).	164
3. El Derecho mercantil, entre la especialidad respecto del Derecho civil y la plena autonomía institucional.....	165
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	167
 THE MODERNISATION OF THE COMMERCIAL LAW IN GERMANY , by <i>Gerald Spindler</i>	 171
I. INTRODUCTION	171
II. THE RISE OF THE GERMAN COMMERCIAL CODE IN THE 19TH CENTURY.....	172
III. THE GERMAN COMMERCIAL CODE IN THE 20TH CENTURY	174
1. Consolidation.....	174
2. General principles	174
3. Publicity	175
4. Company Name Law and Liability.....	175
5. Common practices.....	176
6. Contract Law	176
IV. OUTSOURCING OF RELEVANT AREAS	177
1. Corporations in contrast to partnerships.....	177
2. Securities Law	178

	Pág.
3. Accountancy Law - and European influences.....	178
4. Current issues.....	179
V. MODERN COMMERCIAL CONTRACTS AND DIGITALIZATION	179
1. Modern contracts	179
2. The impact of digitalization.....	180
VI. EUROPEAN INFLUENCES	181
1. The concept of «merchants»	181
2. EU codification of commercial code	181
SUMMARY	181
BIBLIOGRAPHICAL ANNEX	182
JURISPRUDENCE CITED.....	183
LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN ESPAÑA, por Alberto	
<i>Emparanza</i>	185
I. LA SITUACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO ACTUAL.....	185
II. LAS RAZONES Y EL OBJETO DE LA ELABORACIÓN DE UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL	187
1. La génesis del cambio	187
2. El objeto del nuevo Código Mercantil.....	188
III. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL DE 2014	190
1. El ejemplo de recodificación.....	190
2. El contenido básico del ALCM	191
3. El mercado como centro neurálgico de la disciplina mercantil.....	194
IV. LA PERSPECTIVA ACTUAL: ¿PROMULGACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO O MANTENIMIENTO DEL VIGENTE?.....	194
1. Las orientaciones favorables a la promulgación del nuevo Código Mercantil.....	194
2. Las orientaciones contrarias a la promulgación del nuevo Código Mercantil.....	195
3. Una posible alternativa a dicho <i>impasse</i> : la reelaboración del ALCM	196
V. CONCLUSIONES.....	199
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	199
THE SYMBOLIC REVIVAL OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE AND COMPANY LAW, by Pierre-Henri Conac	201
I. INTRODUCTION	201
II. THE DECODIFICATION OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE.....	203
1. The decodification process in the 19th century.....	203
a) The incapacity of the Commercial Code to adapt itself to the industrial revolution.....	203
b) The adoption of a separate Companies Act in 1867	204
2. Decodification in the 20th century	204
a) The adoption of a separate Act for private limited liability companies.	204
b) The adoption of a separate Companies Act in 1966	204

	Pág.
III. THE RECODIFICATION OF FRENCH COMMERCIAL LAW	205
1. The Commercial Law recodification at the national level	205
a) The adoption of the new Commercial Code	205
b) The lack of a separate Companies Code.....	206
2. The Company Law codification at the European level	207
a) The European Union.....	207
b) The European Model Company Act (EMCA).....	207
IV. CONCLUSION.....	208
BIBLIOGRAPHICAL ANNEX	208
LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN ITALIA, por Alfredo Ferrante	209
I. INTRODUCCIÓN	209
II. UNA PREMISA: DOS MODELOS.....	210
III. PRIMERA ETAPA: DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL AL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1882.....	211
IV. SEGUNDA ETAPA: EL <i>CODICE CIVILE</i> DE 1942 COMO CÓDIGO DE DERECHO PRIVADO.....	214
1. ¿Unificación del Derecho civil y mercantil o su independencia? ¿A quién pertenece la hegemonía?.....	214
2. Abandono de un sistema oligárquico y fusión.....	215
3. Fusión y caracterización del sistema de fuentes	218
V. DESDE 1942 HASTA HOY	219
1. ¿Especialización o parcial relegación a instrumento secundario del Derecho comercial?.....	220
2. ¿Derecho de empresa como nuevo Derecho mercantil?	221
3. Tecnicidad, evolución e inquietud.....	222
4. Progresivo abandono del eje de público a favor de una autonomía privada en ámbito comercial.....	224
VI. HACIA EL FUTURO: UNA NUEVA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL COMO PUNTO DE FUERZA Y DEBILIDAD.....	226
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	226
LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL SUIZO, por François Dessemontet	231
I. INTRODUCCIÓN	231
II. EL GOBIERNO CORPORATIVO	232
1. Los antecedentes	232
2. El método.....	234
3. Las reglas propuestas sobre gobierno corporativo.....	234
a) Los comités especiales	234
b) El derecho de los accionistas a información y reportes especiales	234
c) La limitación de participaciones cruzadas	235
d) La acción de reposición o restitución de dineros distribuidos incorrectamente.....	235
4. Misceláneos.....	236
III. CONCLUSIÓN.....	236

TERCERA PARTE

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN AMÉRICA

PERSPECTIVA DE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN LOS PAÍSES HISPANOAMERICANOS, por Alfredo Morles Hernández	241
I. INTRODUCCIÓN	241
II. LA CODIFICACIÓN CHILENA DEL SIGLO XIX	243
III. LA INFLUENCIA CHILENA EN LA CODIFICACIÓN MERCANTIL VENEZOLANA	244
1. El régimen de las obligaciones y de los contratos	244
2. El Registro Mercantil	246
3. La contabilidad y la correspondencia	246
4. Los intermediarios y los auxiliares de la actividad mercantil	247
5. Los contratos	247
a) Los seguros	248
b) La cuenta corriente	249
6. El comercio marítimo	249
7. La materia cambiaria	250
IV. LOS FACTORES DE UNA MODERNIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL EN LOS PAÍSES HISPANOAMERICANOS Y SUS MODELOS	251
V. EL MODELO DE LA CODIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINA DE 2014	252
VI. EL MODELO DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL ESPAÑOL DE 2013	255
VII. LA ESENCIA HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL	256
VIII. CONCLUSIONES	257
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	258
 EL DERECHO MERCANTIL EN EL MARCO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO, por Dante Cracogna	 261
I. LAS RAÍCES HISTÓRICO-POLÍTICAS DE LA CODIFICACIÓN EN ARGENTINA	261
II. LOS CÓDIGOS EN EL SIGLO XX	263
III. LOS ANTECEDENTES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	265
IV. LAS CARACTERÍSTICAS Y LA ESTRUCTURA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	266
V. EL DERECHO COMERCIAL EN EL NUEVO CÓDIGO	268
VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN	272
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	274
 LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN BRASIL, por Emanuelle Urbano Maffioletti	 277
I. INTRODUCCIÓN	277
II. EL PASADO DEL DERECHO MERCANTIL BRASILEÑO	278
III. EL PRESENTE: EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO Y SU CONTEXTUALIZACIÓN	279
1. El cambio del sujeto	279

	Pág.
2. La unificación de las obligaciones.....	281
IV. HACIA EL FUTURO: LA PROPUESTA DE CODIFICACIÓN.....	283
V. DERECHO MERCANTIL BRASILEÑO Y EL FUTURO	284
VI. CONCLUSIÓN.....	287
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	287
 LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL FEDERALISMO ESTADOUNIDENSE EN LA LEY Y EN LOS HECHOS, por James J. White	
	289
I. INTRODUCCIÓN	289
II. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO ESTADOUNIDENSE: EL CÓ- DIGO DE COMERCIO UNIFORME	292
III. LA REDACCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL CCU.....	293
IV. REVISIONES AL CCU.....	296
V. EL TROPIEZO DEL ALI Y LA ULC CON RELACIÓN AL ART. 2.....	298
VI. LAS LECCIONES.....	301
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	303
 SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES A LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES EN COLOMBIA, por Jorge Oviedo Albán	
	305
I. INTRODUCCIÓN	305
II. LA CONSENSUALIDAD DE LA PROMESA COMERCIAL.....	306
1. La jurisprudencia sobre la consensualidad de la promesa comercial.....	306
2. La valoración de los argumentos de la jurisprudencia	310
III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE MUTUO MERCANTIL.....	315
IV. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE DEPÓSITO MERCANTIL	319
V. CONCLUSIONES GENERALES Y REFLEXIÓN SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ EN LA INTERPRETACIÓN LEGAL	319
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	322
FALLOS CITADOS	324
 EL PROCESO DE REDUCCIÓN DE FORMALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES EN COLOMBIA, por Jorge Oviedo Albán y Magda Liliana Camargo Agudelo	
	327
I. INTRODUCCIÓN	327
II. EL PANORAMA LEGISLATIVO	328
III. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES EN EL CÓDIGO DE COMERCIO: CONTRATO, PERSONA JURÍDICA Y Oponibilidad.....	331
IV. LA EMPRESA UNIPERSONAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	332
V. LA LEY 1.014 DE 2006 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 4.463 DE 2006.	333
VI. LA LEY 1.258 SOBRE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS	336
VII. EL PROYECTO DE LEY 70 DE 2015	337
VIII. CONSIDERACIONES FINALES.....	338
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	338
JURISPRUDENCIA CITADA	339

	Pág.
LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN MÉXICO, por Luis Manuel Méjan Carrer	341
I. LA HISTORIA.....	341
II. EL CÓDIGO DE COMERCIO.....	343
III. LOS TÍTULOS VALOR Y LAS OPERACIONES DE CRÉDITO.....	343
IV. LOS PROCEDIMIENTOS MERCANTILES.....	343
V. EL COMERCIO MARÍTIMO, NAVEGACIÓN Y PUERTOS.....	344
VI. LA PROFESIÓN DE LA CORREDURÍA PÚBLICA.....	345
VII. LA MONEDA.....	345
VIII. EL SISTEMA FINANCIERO.....	345
IX. LAS SOCIEDADES MERCANTILES.....	347
X. EL CONSUMIDOR DE BIENES Y SERVICIOS.....	347
XI. LA INSOLVENCIA.....	348
XII. OTRAS NORMATIVAS RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD MERCANTIL.....	348
XIII. LAS TENDENCIAS.....	349
XIV. CONCLUSIONES.....	350
ANEXO BIBLIOGRÁFICO.....	350
LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN EL PERÚ, por Esteban Carbonell O'Brien	351
I. EL DERECHO COMERCIAL EN EL MUNDO.....	351
II. EL DERECHO COMERCIAL EN EL PERÚ.....	353
III. LA EMPRESA EN EL PERÚ.....	356
IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL.....	357
V. LA RELACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO CIVIL.....	358
VI. LOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA MERCANTIL PERUANA.....	360
VII. LA ACTUALIDAD DEL DERECHO COMERCIAL EN EL PERÚ.....	364
VIII. LOS ESFUERZOS INTERNACIONALES EN BUSCA DE UNA UNIFICACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL.....	364
ANEXO BIBLIOGRÁFICO.....	366
LA LEY MODELO DE LA OEA SOBRE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS, por Francisco Reyes Villamizar	369
I. INTRODUCCIÓN: LEY MODELO SOBRE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS.....	369
II. MOTIVACIONES QUE SUBYACEN A LA LEY MODELO SOBRE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS.....	371
1. Énfasis en América Latina.....	375
2. Dificultades relativas a las prioridades legislativas en América Latina.....	378
a) Barreras de entrada.....	379
b) Restricciones a la libertad contractual y dicotomía del Derecho privado.....	383
c) Múltiples instancias de desestimación de la personalidad jurídica.....	386
d) Difícil acceso a la información de registros públicos.....	387
e) Falencias del sistema judicial.....	390
f) Costos de apertura de un negocio.....	393
III. CONTENIDO DE LA LEY MODELO.....	394
1. Simplificación del procedimiento de constitución.....	395

	Pág.
2. Limitación plena de la responsabilidad	398
3. Autonomía contractual	400
4. Objeto indeterminado, duración indefinida y carácter siempre comercial.	402
5. Libertad para definir la estructura interna	404
6. Reglas sobre capital y acciones	404
7. Mecanismos de protección de accionistas.....	405
8. Reestructuración de la sociedad.....	407
9. Disolución y liquidación	407
10. Resolución de controversias	409
IV. INFORMACIÓN EMPÍRICA SOBRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN COLOMBIA	410
1. Número de SAS inscritas en el Registro Mercantil	411
2. La formalización de la actividad empresarial	413
3. Tamaño de las SAS	414
4. La SAS en relación con las formas asociativas tradicionales	414
V. TRIBUNAL DE DERECHO DE SOCIEDADES	416
1. Asuntos en que se ocupa el Tribunal de Derecho societario.....	417
2. Acceso al tribunal	419
3. Productividad y eficiencia del Tribunal de Derecho societario	420
VI. CONCLUSIÓN.....	421
ANEXO	423
LEY MODELO SOBRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.....	424

EXCURSO

LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN EL EXTREMO ORIENTE

EL DERECHO MERCANTIL EN CHINA, por Marcos Jaramillo Contreras.....	435
I. INTRODUCCIÓN	435
II. EL CONCEPTO DE DERECHO.....	436
III. ALGO DE HISTORIA.....	436
IV. CHINA DESPUÉS DE 1978.....	441
V. ¿DÓNDE SE ENCUENTRA EL DERECHO CHINO?.....	444
VI. DÓNDE HALLAR LAS LEYES Y REGULACIONES ADMINISTRATIVAS, Y SU INTERPRETACIÓN	444
VII. LAS FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL CHINO	445
VIII. LA JERARQUÍA DE NORMAS.....	445
IX. LA TEORÍA (QUE SE CUMPLE EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS).....	446
X. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA POR ALGUNOS TRIBUNALES Y POR EL PARTIDO COMUNISTA.....	448
1. Un ejemplo de aplicación práctica por algunos tribunales.....	448
2. La aplicación en la práctica por el Partido Comunista.....	449
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	452

	Pág.
MODERNIZATION OF JAPANESE COMMERCIAL LAW AND CIVIL LAW, by Junichiro Kusumoto	453
I. INTRODUCTION	453
II. GENERAL PROVISIONS OF COMMERCIAL CODE	454
1. Sources of Commercial Law and the Priority of Application.....	454
2. Transactions Constituting Commercial Transactions for One of the Parties	454
3. Definitions of a Merchant	454
4. Definitions of Commercial Transactions for defining the Original Merchant.....	455
a) Transactions Absolutely Regarded as Commercial Transactions due to their Nature	455
b) Definitions of Transactions Regarded as Commercial Transactions When Conducted as Business.....	455
c) Definition of Auxiliary Commercial Transactions	455
5. General Provisions of the Commercial Code	456
6. Ability for Business	456
7. Commercial Registration	456
8. Trade Names	456
9. Liability of a Merchant Permitting Others to Use his/her Trade Name	457
10. In Case of Transferee of Business Using Transferor's Trade Name	457
11. In Case of Transferee of Business Not Using Transferor's Trade Name.....	458
12. Demand of Performance of Obligation to Transferee Involved in Fraudulent Transfer of Business.....	458
13. Business	458
14. Business Office	459
15. Transfer of Business.....	459
16. Commercial Books	459
17. The Performance Assistants of a Merchant.....	460
a) Commercial Employee.....	460
b) Commercial Agents	461
III. COMMERCIAL TRANSACTIONS	462
1. General Provisions	462
a) Right to Claim Remuneration	462
b) Right to Claim Interest.....	462
c) Statutory Interest Rate.....	462
d) Agency for Commercial Transaction and Mandate of Commercial Transaction	462
e) The Completion of Commercial Contract	463
f) Joint and Several Liability for Obligation Among Multi-Parties	464
g) Disposition of the Thing Pledged by Contract	464
h) Right of Retention of Merchants.....	464
i) Place of Performance of Obligation.....	464
j) Extinctive Prescription for Commercial Affairs.....	465
2. Sale.....	465
a) Obligee's Delay in Acceptance of Goods.....	465
b) Cancellation by reason of Delay in Performance of Sale Where Time Is of Essence.....	465
c) Inspection of Property by Buyer and Giving Notice of Defects.....	465
d) Storage and Deposit of Property by Buyer	466
e) Brokerage Business	466

	Pág.
f) Commission Agency Business.....	466
g) Forwarding Agency Business	466
h) Transportation Business	466
i) Deposit	466
IV. COMPANIES ACT	467
1. Types of Companies.....	467
2. Limited Liability Company.....	467
3. Stock Company.....	468
a) Incorporation.....	468
b) Share	468
c) Organs of Stock Company.....	469
d) The 3 Types of a Public and Large Stock Company	469
e) Outside Director	470
f) Duty and Liability of Directors, Officers, Financial Auditors.....	471
g) M&A.....	471
h) Appraisal Rights of Shareholders and Cash Out.....	471
V. MODERNIZATION OF JAPANESE COMMERCIAL LAW AND CIVIL LAW	472

CUARTA PARTE

EL DERECHO MERCANTIL EN CHILE A CIENTO CINCUENTA AÑOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

EL CÓDIGO DE COMERCIO DE CHILE (1865): OCAMPO Y LAS CLAVES DE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL, por Javier Barrientos Grandon	475
I. INTRODUCCIÓN	475
II. EL CÓDIGO DE COMERCIO EN EL «PLAN GENERAL» DE LA CODIFI- CACIÓN	476
III. EL PROYECTO DE CÓDIGO DE COMERCIO CONFIADO A GABRIEL OCAMPO	480
1. La comisión a Gabriel Ocampo.....	480
2. Las ideas de Ocampo sobre su trabajo codificador	481
a) La «certada elección de un Código» como punto de partida de la codificación: el Código de Comercio español de 1829	482
b) La adecuación del Código de Comercio a la realidad del país	485
c) La decisión de las cuestiones controvertidas en el Derecho en vigor ...	487
d) La coherencia del Derecho codificado en torno al Código Civil.....	488
IV. CONCLUSIONES.....	491
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	492
 LOS DESAFÍOS DEL DERECHO MERCANTIL EN CHILE: EVOLUCIÓN Y DE- SARROLLO, por Roberto Guerrero Valenzuela	 495
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	507
 NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EN CHILE, por Roberto Guerrero Valenzuela y Matías Zegers Ruiz-Tagle	 509
I. ASPECTOS GENERALES.....	509

	Pág.
1. La empresa colectiva.....	509
2. La empresa colectiva y la sociedad	510
a) La teoría general de la sociedad	511
3. La importancia del mecanismo jurídico para el ejercicio de una actividad constitutiva de empresa	515
a) La sociedad como persona jurídica.....	515
II. LA SOCIEDAD ANÓNIMA	516
1. La evolución normativa a partir de la dictación de la Ley 18.046.....	517
a) La Ley 18.660, de 20 de octubre de 1987	517
b) La Ley 19.499, de 11 de abril de 1997	517
c) La Ley 19.653, de 14 de diciembre de 1999	518
d) La Ley 19.705, de 20 de diciembre de 2000	518
e) La Ley 20.382, de 20 de octubre de 2009	519
2. La evolución normativa a partir de la dictación de la Ley 18.045.....	521
a) La Ley 18.660, de 20 de octubre de 1987	521
b) La Ley 19.705, de 20 de diciembre de 2000	521
3. La evolución de la normativa reguladora y judicial.....	522
a) La normativa administrativa.....	522
b) La normativa judicial.....	524
III. CONCLUSIONES.....	525
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	525
EL DERECHO BANCARIO EN CHILE, por Miguel Ángel Nacur Gazali	527
I. INTRODUCCIÓN	527
II. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y FUENTES DEL DERECHO BANCARIO.....	528
III. HISTORIA DE LA REGULACIÓN FINANCIERA EN CHILE.....	532
IV. FACULTADES Y ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS	538
V. POTESTADES PÚBLICAS DEL BANCO CENTRAL DE CHILE EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD BANCARIA.....	543
VI. OPERACIONES BANCARIAS	548
VII. CONCLUSIONES.....	550
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	551
LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN CHILE, EN ESPECIAL LOS CRITERIOS DE PROTECCIÓN INTRODUCIDOS POR LA LEY 20.667 AL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO, por Roberto Ríos Ossa	553
I. INTRODUCCIÓN	553
II. EL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO Y LA EVOLUCIÓN POSTERIOR DEL SEGURO EN CHILE.....	554
III. LOS PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 20.667, Y LA NUEVA ESTRUCTURA DEL TÍTULO VIII del LIBRO II DEL CÓDIGO DE COMERCIO CHILENO	555
IV. LA IMPERATIVIDAD EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.....	557
1. El significado y la justificación de la imperatividad del art. 542 CCo, y sus fuentes normativas	557

	Pág.
2. Los límites y efectos de la imperatividad del art. 542 CCo	558
V. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO	560
1. La consensualidad.....	560
2. Los deberes precontractuales de información.....	560
a) El deber precontractual de información del asegurador.....	560
b) El deber precontractual de información del contratante o tomador ...	561
c) Los efectos derivados del incumplimiento a los deberes de información.....	561
VI. LA ACCIÓN DIRECTA Y SU IMPROCEDENCIA	562
1. Frente a la historia de la ley.....	563
2. Frente a la figura del beneficiario.....	563
3. Nuestra interpretación del art. 570 CCo	566
4. A modo de conclusión.....	567
VII. COMENTARIO FINAL.....	567
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	568
EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE, <i>por Felipe Bravo Alliende</i>	571
I. EL ROL DEL DERECHO EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPE- TENCIA	571
II. LA LIBRE COMPETENCIA Y LAS CODIFICACIONES CIVIL, MERCANTIL Y PENAL.....	573
III. LAS LEYES ESPECIALES DICTADAS ENTRE LAS CODIFICACIONES Y EL AÑO 1973	575
1. La Ley 13.305, de 1959.....	576
2. El Decreto-ley 211, de 1973	577
a) La Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas	578
b) El fiscal.....	578
c) El ilícito anticompetitivo del Decreto-ley 211 y sus sanciones.....	579
IV. LA MODERNIZACIÓN Y LA REFORMA ORGÁNICA (1999-2016): LA FIS- CALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LI- BRE COMPETENCIA	579
1. La Ley 19.610, de 1999, y la Fiscalía Nacional Económica	580
2. La Ley 19.911, de 2003, y el Tribunal de Defensa de la Libre Compe- tencia.....	580
V. LA EVOLUCIÓN EN EL ÁMBITO DE ESTÁNDARES SUSTANTIVOS.....	582
1. Los ilícitos anticompetitivos.....	582
2. Las sanciones pecuniarias	582
3. La delación compensada.....	582
4. La despenalización y nueva penalización en el Decreto-ley 211	583
5. El nuevo procedimiento indemnizatorio	585
VI. LA REGULACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA A TRAVÉS DE ATRIBU- CIONES ADMINISTRATIVAS Y <i>SOFT LAW</i>	586
1. Las recomendaciones normativas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	586
2. Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en ope- raciones de consulta.....	587

	Pág.
3. Las instrucciones de carácter general emitidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	587
4. El <i>soft law</i> : las Guías Internas y los Compendios de Criterios de la Fiscalía Nacional Económica	587
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	588
JURISPRUDENCIA CITADA	589
LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL CHILENO, por Juan Luis Goldenberg Serrano	591
I. INTRODUCCIÓN	591
II. LA LEGISLACIÓN CONCURSAL APLICABLE A INICIOS DE LA ERA REPUBLICANA	592
III. LA PRIMERA REGULACIÓN PATRIA: EL DECRETO-LEY DE 8 DE FEBRERO DE 1837	593
IV. LA REGULACIÓN CONCURSAL EN LA PLANIFICACIÓN CODIFICADORA	595
V. LAS LEYES DE QUIEBRA FUERA DE LA CODIFICACIÓN	599
VI. LA LEY NÚM. 20.720: EL PRESENTE DE LA REGULACIÓN CONCURSAL EN CHILE	602
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	606

COLOFÓN

LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE UNA NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL PARA CHILE, por Jaime Alcalde Silva	609
I. EL CONTEXTO	609
II. LA COMISIÓN Y SU ESTRUCTURA INTERNA	611
III. LOS RESULTADOS	613
IV. UN BALANCE FINAL	614
ANEXO BIBLIOGRÁFICO	614

PROLEGÓMENOS

NOTA PRELIMINAR

Originalmente, este libro estaba concebido como una recopilación de los trabajos presentados en el congreso internacional organizado el 23 de noviembre de 2015 por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile para celebrar el sesquicentenario del Código de Comercio chileno. Su propósito era así más reducido y consistía en hacer públicas las actas de un congreso científico, permitiendo el acceso general al material expuesto en esa oportunidad por los profesores invitados, tanto chilenos como extranjeros. Sin embargo, poco tiempo después, en una conversación entre quienes hoy cumplimos la labor de editores, surgió la idea de ampliar esa finalidad inicial y componer un libro colectivo que recogiera un panorama general de la modernización del Derecho mercantil en el mundo, la que, ciertamente, podría despertar el interés de un elenco más amplio de eventuales lectores.

El nuevo derrotero asignado a esta obra requería, entonces, de la fijación de unos necesarios límites que impidieran que ella avanzase hacia un rotundo y seguro fracaso o se transformase en un verdadero monstruo imposible de contener debido a sus dimensiones. Por eso, la primera opción metodológica consistió en establecer ciertas divisiones territoriales que permitieran dar un panorama comparado de los esfuerzos de modernización del Derecho mercantil que resultase significativo, sin querer abarcar un completo cuadro geográfico de dicha situación. Se convino en presentar la evolución de esta disciplina jurídica en dos continentes, Europa y América, los cuales (con la salvedad de los países del *Common Law*) comparten una cierta raíz común que ya ha sido puesta en evidencia en trabajos históricos anteriores. Para cada continente se decidió comenzar con una presentación general y continuar enseguida, ordenados alfabéticamente, con los reportes nacionales de algunos países que se juzgaron más representativos de la región, cada uno de ellos encargado a un experto del propio país. En lo que atañe a Europa, y pese a los esfuerzos desplegados, no se pudo contar con un capítulo dedicado a la modernización del Derecho mercantil en el Reino Unido, aspecto que esperamos pueda ser subsanado en una iniciativa futura de esta misma clase. Como cierre de esas dos partes se ofrece un excursus que aborda la modernización del Derecho mercantil en el Extremo Oriente, la que se compone de dos capítulos, uno para la República Popular China y otro para Japón. La diversidad de países hizo que se adoptaran dos idiomas de trabajo, el inglés y el español, conservando, inalterado, el texto remitido por el autor.

Como introducción del elenco recién referido se añadió una primera parte dedicada al contexto de la codificación mercantil. Ella comienza por insertar el Código de Comercio de la República de Chile dentro de la historia del Derecho mercantil comparado, sigue con una alusión a los principios cardinales de un Código de Comercio, continúa con las tendencias comparadas en la modernización de esta disciplina, y finaliza con una presentación de la labor que han desempeñado en ella la Comisión de Nacionales Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) y la Comisión General de Codificación española.

La cuarta y última parte presenta la situación del Derecho mercantil en Chile tras ciento cincuenta años de vigencia del Código de Comercio, el cual comenzó a regir el 1 de enero de 1867. Después de un capítulo histórico que resume las claves de la codificación comercial chilena acometida por José Gabriel Ocampo y Herrera (1798-1882), un jurista argentino oriundo de La Rioja, y de un marco general sobre los actuales desafíos del Derecho mercantil en el país, se suceden las principales materias que componen la exposición de este en los programas universitarios: sociedades, bancos, contrato de seguro, libre competencia y procedimientos concursales. La selección de estas materias y la exclusión de otras (propiedad industrial, contratos, títulos valores, etc.) se explica porque aquellas elegidas son las que han tenido mayores reformas en las últimas décadas, en algunos casos, con sustitución completa de su régimen y aun de sus principios rectores.

Por cierto, se ha creído conveniente dar noticia de lo que fue aquel congreso internacional celebrado con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio chileno, el cual tuvo lugar en el Salón de Honor de la sede histórica del Congreso Nacional. Ahí se hace mención a otras actividades organizadas en torno al aniversario del código, como la digitalización de los manuscritos de Ocampo por parte de la Biblioteca del Congreso Nacional y la edición facsimilar acompañada de un estudio introductorio mandada a componer por la universidad anfitriona. Cierra el libro una crónica de la Comisión de estudios de una nueva codificación comercial, nacida de un convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Justicia y la Universidad de Chile en el marco de los festejos por el aniversario del Código de Comercio, cuyo propósito es compilar y sistematizar, bajo la forma de un proyecto de ley, las disposiciones relativas a la materia y que en la actualidad se encuentran dispersas en distintos cuerpos legales, introduciendo las adecuaciones que sean necesarias.

Finalmente, esta obra cuenta con un prólogo y una presentación académica. El primero se debe al Prof. Arturo Prado Puga, Profesor Titular (Catedrático) de Derecho comercial de la Universidad de Chile y actualmente Ministro de la Corte Suprema de Chile, quien además preside la mencionada Comisión de estudios de una nueva codificación comercial. A él también correspondió la autoría del texto que sirve de póstico a la vigésima primera edición oficial del Código de Comercio publicado por la Editorial Jurídica de Chile y que versó sobre los ciento cincuenta años que cumplía en 2015 ese cuerpo texto legal. Por su parte, la presentación académica ha sido redactada por el Prof. Ricardo Sandoval López, autor del más reciente y completo manual de la disciplina en el Derecho chileno, editado por la Editorial Jurídica de Chile en ocho tomos y de consulta obligada para estudiantes, abogados y jueces desde hace décadas.

Jaime ALCALDE SILVA - José Miguel EMBID IRUJO
Santiago de Chile - Valencia
13 de diciembre de 2017

PRÓLOGO

De muchas y diversas formas se puede aportar al desarrollo de la tarea universitaria. Una es a través del oficio de presentador, con unas palabras por delante como frontispicio de un trabajo importante, invitación académica que, justificadamente, no podía yo dejar de aceptar y públicamente agradecer.

Ello exige una lectura atenta de la obra de la que se intenta proporcionar noticia, dando así cuenta de la auténtica filiación universitaria que une nuestro quehacer con los autores de la obra, la que ahora culmina al tener en vuestras manos el libro ya finalizado, rematado y empastado.

Se recogen en esta colección un conjunto de trabajos de profesores e investigadores que le dan oficiosa hospitalidad a una disciplina que sigue buscando respuestas a las consultas que, cotidianamente, impone la vertiginosa práctica profesional y que intentan servir al lector que desea meterse en honduras, como guía segura y abrigada a través de los sutiles focos del Derecho comercial.

El pilar fundamental de la obra radica, como su título lo indica, en el Proyecto de renovación completa de nuestra codificación comercial, cuya elaboración exige desgranar un trabajo ordenado, metódico y repensado, como el bagaje que contiene esta extensa obra, adaptando las instituciones a la nueva estructura del tráfico y a las diversas realidades presentes en el mercado.

En armonía con este planteamiento, hace ya casi dos años asumimos, no sin cierto temor, el compromiso de buscar para nuestro país una visión normativa del Derecho comercial de mayor alcance, más integrada a lo que es el planteamiento de la actual disciplina, abierto a un gran debate público y nacional. En él hemos invitado a participar a los distintos estamentos académicos y profesionales, así como a operadores económicos de todas las regiones de nuestro país, vinculados a las actividades que pretende abordar la regulación de un nuevo Código de Comercio.

Ello exigía encaminar el esfuerzo con una peculiar orientación que permitiera conciliar lo teórico con la experiencia práctica.

En primer lugar, debemos reconocer las circunstancias del contexto en que acometimos esta empresa, que son completamente diferentes de aquellas que dieron origen a nuestro primer código.

No existen en la actualidad esas necesidades de garantizar la unidad bajo un solo Estado, vinculada a un solo territorio, las que actuaron como presupuestos de la codificación europea, principalmente napoleónica, con sus aspiraciones de raciona-

lidad escrita, transformación y perennidad de una legislación metódica, viva y sistematizada. Sobre todo, no existe esa vocación codificadora decimonónica cuyo influjo, principalmente a partir del Código Civil francés, se extendió a España, Italia, Alemania y resuenan en América, en la organización legislativa de naciones recién salidas a la vida independiente.

Como se sabe, el Código de Comercio vigente fue el tercer intento de codificar normas dispersas y disgregadas en diversos cuerpos y colecciones de leyes heredadas de la Monarquía española, principalmente las Ordenanzas de Bilbao, cuya construcción, básicamente europea, no acabó nunca de asentarse y armonizarse con la «unidad, completitud y coherencia que facilita el estudio y otorga certeza a las decisiones de los jueces» que se esperaba de un código, según las palabras de Joaquín Escriche, y mucho menos con la cultura y la circulación de ideas económicas liberales que reclamaban, como principios individualistas, una fuerte protección a la persona, a su libertad y a la propiedad, sobre los cuales se estaba construyendo y encaminando nuestra República.

Los primeros intentos frustrados de reforma consistieron en crear comisiones destinadas a adaptar y adecuar el Código español de 1829, que se estimaba más cercano a nuestro «modo de ser» y «costumbres», los que se repitieron durante los gobiernos de Prieto y de Bulnes, no sin antes atravesar por una notable discusión entre la «tradicción conservadora» que criticaba el «frenesí de cambiarlo todo» y los reformistas, que impulsaban una ruptura radical con el orden y las instituciones provenientes de la monarquía, con lo cual no es sino hasta el Gobierno de Montt en 1852 —con el desarrollo de las relaciones internacionales del comercio y de la navegación— que una vez concluido el proyecto de Código Civil de Bello, se inicia el trabajo que culminaría en el actual Código de Comercio.

Se concibe, entonces, dentro de un plan de reforma general de codificación por sectores normativos precisos (Minería, Ejército y Armada), lo que condujo a engendrar el Código de Comercio como una ley especial, orgánica y homogénea, para acabar con los defectos y vacíos de una legislación y una judicatura comercial que no se adecuaba al desarrollo uniforme del comercio entre las naciones.

Esta tarea fue comisionada a don José Gabriel Ocampo, genuino arquetipo de la confraternidad chileno-argentina, quien tardó más de ocho años en cumplir esta abnegada labor, a los que hay que agregar otros cinco años de labor de la Comisión Revisora, para lo cual tomó contacto directo con comerciantes de Santiago y de Valparaíso, sistematizando las instituciones mercantiles, delimitando el ámbito de la materia comercial con el acto de comercio como eje, e introduciendo disposiciones novedosas que no aparecen en ninguno de los códigos de la época, tales como la cuenta corriente mercantil y el contrato de seguro terrestre, considerando a este código —por sus peculiaridades históricas— como parte diferenciada del Código Civil, no obstante que este último sería de aplicación supletoria al primero.

Han transcurrido más de ciento cincuenta años desde su promulgación y el Código de Comercio de la República de Chile no ha perdido vigencia, aunque si su vigor, producto de la evolución de las circunstancias sociales y de las contingencias económicas de la sociedad que demandan un nuevo orden constructivo.

Somos testigos de una época de globalización y de cambios acelerados, en que la realidad económica supera y rebasa cualquier intento por armonizarla con un Derecho de vocación cada vez más internacional, obligando a los jueces, legisladores y abogados aacompañar su ritmo, siempre más lento que los cambios y transformaciones que pretende regular.

Piénsese en las nuevas tendencias en el campo de los títulos de crédito, lo cual supone trasponer los principios más tradicionales del Derecho cambiario formal y del

Derecho procesal, dando cabida en este espacio al título informático como título ejecutivo atípico, a la transmisión electrónica de la declaración o aceptación cambiaria como medio de circulación, y en el que la posesión del título se contrae apenas en un soporte electromagnético, por todo lo cual se ha dicho que más que títulos valores terminan por ser valores sin título.

Asistimos a la conformación jurídica de un nuevo orden, que tiene como presupuesto económico y jurídico, anclado e integrado en la Constitución Política chilena de 1980, donde el marco fundamental se asienta en lo que se ha dado en llamar «el orden público económico», con arreglo al cual se desenvuelve, globalmente, la gestión económica de los individuos, de los grupos intermedios y del propio Estado en el mercado de los bienes y servicios.

El salto del acto de comercio aislado a una actividad masiva, desarrollada por empresas, ha llevado consigo la generalización de los principios, normas e instituciones originalmente comerciales, que se traspasan paulatinamente al Derecho común—lo que se ha dado en llamar la «exportación invisible de normas comerciales al Derecho civil», fenómeno del devenir que se produce como consecuencia de la difusión alcanzada como normas comunes— en todo el espectro social de las instituciones propias del comercio.

La existencia de la empresa como organización de capital y de trabajo ajeno, destinada a la producción o intermediación de bienes o de servicios y la actividad externa que desarrolla el empresario titular de dicha organización, han exigido permanentemente sustituir y reformar el Código de Comercio a través de las promulgación de leyes sectoriales, lo cual ha dado paso a una abierta y franca descodificación de instituciones (como ocurre con los seguros) que se han ido vaciando en estas leyes dispersas, desgajadas y fragmentadas, como único remedio para evitar el desfase entre el código y el flujo frénico de una realidad económica siempre movediza que «no es, sino que está siendo».

Por tanto, tarea pendiente es elaborar un nuevo Código de Comercio o acertar al menos en culminar la labor, entregando bases para un nuevo código, que regule con una «faz completamente nueva» (Exposición de Motivos del Código de Comercio español de 1885) este sector normativo. Que se haga cargo en su estructura como eje central de las reglas que permitan el funcionamiento de una economía social de mercado cada vez más expansiva dentro de los principios de autonomía, buena fe y seguridad jurídica como pilares unitarios sobre los que se delimita y equilibra nuestra actividad económica, aplicable a todos los que operan en ella como empresarios individuales o sociales, así como también los demás agentes económicos y protagonistas que intervienen en el tráfico y que se incluyen en el objeto de esta actividad reformadora.

Por tanto, la razón primordial por la cual se convocan y dan cita a los estudiosos del Derecho comercial, inquietud que esta obra traslada al papel, es un ejemplo de ello; esto es, para modernizar y sistematizar nuestro código en torno a esta «nueva materia mercantil», evitando que, por esta insatisfacción de instituciones, nuestro actual código vaya muriendo paulatinamente «en el momento de su mayor triunfo», como diría Ascarelli.

Ejemplo de este esfuerzo lo tenemos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil español de 2014 y en el nuevo Código de Comercio francés de 2000, siguiendo ambos la usanza tradicional de estos cuerpos divididos en libros, títulos, capítulos y artículos.

Este ánimo neocodificador exige un esfuerzo significativo y estable de las personas que, con rigor y esmero, intervienen en esta labor de innovación para diseñar las líneas maestras que permitan avanzar en nuestra tarea.

A aquellos que no tienen la convicción de nuestro empeño, los invitamos a dejar ese camino de vaticinio confortable y a arriesgarse con este proyecto en interés del

país y, como legado fértil de una generación que supo enfrentar el desafío, ofrecer una respuesta con las ideas que harán surgir este nuevo código.

Sin descender al detalle o intentar sintetizar los diversos capítulos, el esquema de la obra presente ofrece un ejemplo de laboriosidad colectiva y perseverante, que enriquece la literatura jurídica con una exposición sistemática y didáctica de las instituciones insertas en el Código de Comercio vigente en la República de Chile y del Derecho comparado, con una mirada jurídica novedosa apoyada en un terreno concreto, por donde fluyen las preguntas y las respuestas que van suscitando los negocios por donde transcurre la actividad comercial en su concepto más amplio.

La descripción breve de nuestra tarea, así como las materias que presenta esta obra y que enlazan con nuestro propósito, nos permiten sostener que estamos ante un libro novedoso, clarificador, con respuestas concretas y soluciones imaginativas, páginas cuya consulta será no solamente útil, sino imprescindible.

Todo ello sin dogmas preestablecidos, subiendo los peldaños guiados de la mano de una sólida, concienzuda y robusta doctrina al servicio de los estudiosos y profesionales, la que ahora ve la luz pública, expuesta con claridad y concisión en un terreno que no se agota y que estará siempre en continua renovación.

En suma, y con esto termino, no creo necesario insistir en este trance, en el interés y en la función que cumple este libro, que promete para el mundo jurídico que cultiva esta noble parcela que es el Derecho comercial, respuestas concretas y condensadas y que proyecta una luz necesaria para abordar las materias que requiere el desafío de un nuevo Código de Comercio para Chile.

Arturo PRADO PUGA

Presidente de la Comisión de Estudios de una Nueva Codificación Comercial
Ministro de la Corte Suprema de la República de Chile
Profesor Titular de Derecho Comercial de la Universidad de Chile

PRESENTACIÓN

Asumo con gran interés la tarea de presentar este libro de homenaje al Código de Comercio de la República de Chile, con motivo de haberse cumplido 150 años desde su entrada en vigencia el 1 de enero de 1867.

Nos interesa dejar constancia que el autor de este cuerpo de leyes, don Gabriel Ocampo, tomó como modelo de inspiración al Código de Comercio francés de 1807, texto este último que, por la fecha de su promulgación, se funda en la realidad de la actividad comercial del país de su origen, que corresponde al siglo XVIII, situación que será descrita con mayor detalle, por los autores que se ocupan del contexto de la codificación comercial, en el libro que presentamos.

Al ser de esta manera, la realidad económica mercantil y, por lo mismo, la normativa que la rige han evolucionado a lo largo de un siglo y medio, por lo que no dudamos en afirmar que el Derecho comercial de nuestros días, en el ámbito local y en la perspectiva del Derecho comparado, dista mucho de la regulación que contenía el Código de Comercio al cual se rinde homenaje.

No obstante, el objetivo de toda codificación es reunir en un texto único la normativa que rige una determinada materia, en este caso la actividad comercial, los sujetos que la realizan y los instrumentos de que se valen para la circulación de los bienes y servicios, para la que fue necesaria la promulgación de numerosas leyes posteriores a la entrada en vigencia del Código de Comercio, que lo complementaron en aspectos que este no contenía o que no podía haber previsto, como es el caso del Reglamento para el Registro de Comercio, de las sociedades de responsabilidad limitada, de la cuenta corriente bancaria y los cheques, de las empresas individuales de responsabilidad limitada y del saneamiento de vicios de nulidad, por nombrar solo algunas.

Por otra parte, ciertas figuras jurídicas como las sociedades por acciones, que se crearon en virtud de la Ley 20.190, de 2007, fueron incorporadas en nuestra codificación mercantil, en los arts. 424 a 446, derogados por la Ley 18.046, que contiene actualmente la normativa sobre sociedades anónimas.

Además, en la medida en que fue evolucionando la realidad del tráfico mercantil, se hizo imperativo, asimismo, derogar ciertas disposiciones existentes en el Código de Comercio y sustituirlas por otras más acordes con la época en que se vivía, reemplazo que se hizo en el texto mismo del citado cuerpo de leyes, como ocurrió, por ejemplo, con el Libro III sobre la navegación y el comercio marítimos,

en virtud de la Ley 18.680, de 1988. Lo propio podemos señalar respecto del contrato de seguro, cuya regulación se sustituyó en virtud de la Ley 20.667, de 2013, en los arts. 512 y ss. del Código de Comercio.

En otros casos fue necesario regular ciertas materias fuera del Código de Comercio, mediante leyes mercantiles especiales, como sucedió con la quiebra, regida por la Ley 4.558, de 1929, que a su turno fue reemplazada por la Ley 18.175, de 1982, más tarde incorporada como Libro IV, De las quiebras al Código de Comercio, en virtud de la Ley 20.080, de 2005 y derogada por la Ley 20.720, de 2014, sobre reorganización y liquidación de empresas y personas, hoy en vigencia; también fuera del aludido código. Por su parte, las sociedades anónimas quedaron regidas por el Decreto con Fuerza de Ley 251, de 1931, que más tarde hubo de ser reemplazado por la Ley 18.046, de 1982, objeto asimismo de varias modificaciones posteriores, para seguir adaptándola a las condiciones actuales de la realidad económica-mercantil. En materia de los títulos-valores representativos de dinero, las disposiciones del Código de Comercio sobre letra de cambio y pagaré, fueron derogadas por la Ley 18.092, de 1982, que rige en la actualidad. En el caso del cheque, este título de pago fue regulado por el Decreto con Fuerza de Ley 707, de 1982, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques. A su turno la Ley 18.552, de 1986, regula el tratamiento de títulos de crédito y el Decreto Supremo 276, de 1991, del Ministerio de Justicia, reglamentó el endoso de estos documentos en favor de los bancos e instituciones financieras.

Tratándose de garantías comerciales, la Ley 20.190, de 2007, dicta normas sobre prenda sin desplazamiento y crea el registro único de esta clase de cauciones, derogando la Ley 18.112, que trataba de esta materia, y otras leyes especiales.

Lo que hemos indicado anteriormente pone en evidencia que el Código de Comercio de 1865, vigente desde 1867, no contiene toda la normativa destinada a regular los diferentes aspectos del comercio.

En consecuencia, resulta apropiado a los fines de esta presentación, comentar de qué manera ha evolucionado la normativa comercial establecida dentro y fuera del Código de Comercio, efectuar algunas comparaciones con otras normativas sobre la materia, para dar una visión de ella acorde con la situación actual, transcurridos los ciento cincuenta años desde la entrada en vigencia del citado cuerpo de leyes.

Con respecto a la determinación de la materia comercial, esto es, la mercantilidad, se mantiene hasta ahora el criterio objetivo fijado por los arts. 1, segunda frase, 3, 7 y 8 del Código de Comercio, que hace aplicable sus normas a la ejecución de actos o contratos de comercio, con prescindencia de la calidad del sujeto que los ejecuta o celebra. Esta misma noción vale para establecer el carácter comercial de actos o contratos regulados en leyes mercantiles especiales y para determinar el ámbito de aplicación de la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Se advierte, en consecuencia, que la aplicación del criterio de los actos de comercio ha impedido la evolución de la normativa comercial chilena hacia la noción de empresa, en tanto centro de la mercantilidad, como es ahora la tendencia dominante en la doctrina y en el Derecho comparado. Un ejemplo relevante en este sentido es la Constitución Española, en aquellas disposiciones que configuran la denominada Constitución Económica, donde se encuentran referencias específicas a la empresa, en los arts. 38, 128.2 y 129.2. La normativa civil y comercial de este mismo país también ha hecho lo propio. Así, el Código Civil español, reformado por la Ley 11/1981, contiene valiosas disposiciones que configuran el concepto jurídico-patrimonial de empresa, como son los arts. 1347.5, 1359, 1360, 1389, 1397 y 1406.2, de donde resulta que la empresa es una explotación económica, unitaria,

formada por capital, gestionada efectivamente, dirigida y organizada por el empresario, cuya actividad productiva o eficiente procura, en virtud de mejoras o incrementos de valor al conjunto de la explotación. A mayor abundamiento, el Derecho objetivo español ha incorporado el concepto jurídico de empresa en numerosas leyes mercantiles, entre las cuales podemos citar la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres, que la concibe como organización económica y socialmente eficiente que, dotada de autonomía económica y libertad de gestión empresarial, ejerce su actividad sometida a los principios de economía de mercado y libre competencia; la Ley 1/1994, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, que se refiere a la empresa como una unidad productiva y socialmente valiosa en cuanto factor clave de estabilidad y competitividad, fuente de creación de riqueza y de generación de empleo; la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de seguros privados, y la Ley 9/2003, que contiene la normativa concursal, la cual en su art. 149.2 recepciona el concepto legal de empresa entendida como unidad productiva o como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica.

En Chile no ha existido voluntad política para reformar el Código de Comercio en este aspecto fundamental, porque ni siquiera se ha intentado incorporar en él la definición legal de empresa, lo que sin embargo se ha hecho en leyes especiales. Llama la atención que el legislador chileno no haya tomado la iniciativa de incorporar la empresa a nuestra codificación mercantil, no obstante que la Constitución Política de la República, en el art. 19, núm. 25, consagra el principio de libertad económica, que permite iniciar, emprender, ejercer y poner término a toda clase de actividades económicas, siendo la empresa su expresión más evidente.

Tocante a la regulación de los sujetos activos de la actividad mercantil, tampoco ha habido cambios en nuestra codificación comercial, el comerciante individual definido en su art. 7, sigue siendo el protagonista de ella y, debido a la falta de una definición legal de empresa, no se ha descrito expresamente el concepto de empresario de comercio, noción que fácilmente puede tomarse del inciso final del art. 166, que define al empresario de transporte en los siguientes términos: «El que ejerce la industria de hacer transportar personas o mercaderías por su dependientes asalariados y en vehículos propios o que se hallen a su servicio, se llama empresario de transporte, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo». Es más, del precepto transcrito se colige asimismo la idea de empresa como entidad que reúne y coordina los factores de producción, para intervenir en el mercado de bienes y servicios, porque en él se alude a los factores de producción como el capital y el trabajo, los vehículos propios o que se hallen a su servicio, los dependientes asalariados, sin perjuicio que el propio empresario pueda, algunas veces, ejecutar el transporte por sí mismo, que es el objeto de la actividad empresarial.

Sin duda constituye un avance en la reglamentación del sujeto individual del ejercicio del comercio, la introducción en nuestro Derecho objetivo de la empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL), en virtud de la Ley 19.857, de 11 de febrero de 2003, que vino a hacer realidad, después de más de un siglo desde la vigencia del Código de Comercio, el imperativo de dar a las personas la posibilidad de limitar su responsabilidad, solo al monto de los bienes afectados a una determinada actividad, en este caso el ejercicio del comercio, separando este patrimonio de los bienes que destina a otros fines, tales como subvenir a las necesidades personales y familiares. La limitación de responsabilidad es un instrumento de distribución de riesgos entre el empresario y los acreedores, que satisface una necesidad en el tráfico mercantil moderno. Sin embargo, no podemos ignorar el hecho que debió haber sido establecida bajo una figura jurídica apropiada, como por ejemplo

un tipo societario individual y no como empresa, noción esta última que no está reconocida expresamente como categoría jurídica, que no está definida ni regulada sistemáticamente en el contexto del ordenamiento mercantil nacional. El Derecho comparado en este orden de materias resuelve el problema de la limitación de responsabilidad, por la vía de la admisión de sociedades unipersonales, como ocurre en el Derecho español en que la Ley de Sociedades de Capital regula la sociedad unipersonal, sea anónima o de responsabilidad limitada. En el Código de Comercio francés, modificado por la Ley de modernización de la economía, donde se regula la sociedad por acciones simplificada unipersonal y en el Derecho de Estados Unidos, donde existe la *individual proprietorship*, de las que trataremos más adelante.

En el contexto de las sociedades comerciales, como formas de organización jurídica de la empresa, es interesante destacar que la Ley 3.918, de 1923, estableció en nuestro medio la sociedad de responsabilidad limitada (SRL), en una época temprana de la evolución del Derecho comercial, cuyo origen tuvo lugar en Alemania, por la Ley de 20 de abril de 1892, revisada en 1898 y modificada años más tarde. Nuestra normativa sobre la materia es anterior a la de Francia, país donde se reguló en 1925, dándole un reconocimiento general, por el hecho de que era empleada en Alsacia y Lorena, departamentos que pasaron a la soberanía francesa después de la primera guerra mundial. Este tipo societario obedece a la necesidad de permitir a los sujetos de la actividad comercial y civil, limitar los riesgos al monto de sus aportes al fundar la compañía y, por la misma vía, eliminar las formalidades complejas y de alto costo de las sociedades anónimas, entregando asimismo la administración directamente a los propios socios, sin perder el beneficio de la limitación de responsabilidad. De esta suerte, se elimina el dogma existente a esa época en materia de sociedades, según el cual el que tiene la facultad de administrar responde ilimitadamente de las obligaciones sociales y quien tiene limitada la responsabilidad al monto de sus aportes está desprovisto del poder de gestión, como ocurre con los socios comanditarios. Fue lamentable que la citada ley regulase la materia en solo cinco artículos, tres de cuales son verdaderamente sustantivos. Tal vez por la premura en incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico y en la creencia de que más tarde sería objeto de una normativa completa, el autor del proyecto de ley, don Luis Claro Solar, diputado del Congreso Nacional a la sazón, lo presentó de esa forma en que finalmente fue aprobado como ley de la República. La doctrina ha criticado invariablemente la legislación sobre esta clase de sociedades por su carácter exiguo y, especialmente, por haber establecido como supletorias las reglas de la sociedad colectiva, forma societaria opuesta a la SRL, porque los socios colectivos responden en forma ilimitada cuando es civil e ilimitada y solidariamente cuando es comercial, de las obligaciones contraídas bajo la razón social. Resulta difícil admitir que durante todo el siglo XX y en los inicios del siglo XXI, la SRL no haya sido objeto de una regulación completa y acorde con los tiempos. A falta de iniciativa legal en esta materia, es probable que con el tiempo este tipo societario sea desplazado en la práctica por otro sujeto, con una regulación más adecuada, flexible y completa, como la sociedad por acciones (SpA).

Por el contrario, el Derecho comparado revela que la SRL ha sido normada en concordancia con los cambios propios de la actividad económica. En el ordenamiento jurídico español, la Ley de 17 de julio de 1953 dio categoría de sociedad tipificada a la SRL, inspirándose en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, porque el Código de Comercio no la regulaba expresamente. La Ley de 1953 fue sustituida por la Ley 23/1995, que apenas conserva vestigios de la anterior y confiere a la SRL nuevos rasgos definitorios y diferenciales respecto de la sociedad anónima, como son el fondo social integrado por aportaciones de los socios, la división del capital en participaciones sociales, y la no responsabilidad personal de los socios por las

deudas contraídas por la sociedad. Recientemente la legislación relativa a esta clase de sociedades ha experimentado en España una nueva modificación, para dar cabida a un modelo simplificado de ella, de pocos socios, de escueto capital y sencilla estructura, denominada sociedad limitada nueva empresa (SLNE), en virtud de la Ley 7/2003, que incorporó un nuevo Capítulo XII a la ley de SRL. Esta variante de la SRL puede incluso constituirse y funcionar mediante el empleo de las nuevas tecnologías de la informática y las telecomunicaciones, esto es, la telemática.

En el ámbito del sistema jurídico de *Common Law* las empresas dedicadas a la actividad mercantil (*business associations*), pueden asumir diversas formas, siendo las más conocidas la *sole trader* o individual *proprietorship*, que corresponde a una entidad unipersonal; la *partnerships*, que equivale a una sociedad personalista; y la *corporation* que tiene el capital dividido en acciones y goza de personalidad jurídica propia. La principal diferencia entre las asociaciones comerciales del sistema anglosajón con las sociedades del sistema jurídico europeo continental, reside en la existencia o no de la personalidad jurídica, pues mientras las primeras las ostentan cualquiera sea su forma jurídica, las segundas solo la obtienen cuando asumen la forma de *corporations*, esto es, de sociedades anónimas.

Las sociedades en comanditas simples y por acciones no han sido objeto de reformas sustantivas en el Código de Comercio chileno, dado su limitado empleo en la práctica.

Por el contrario, las sociedades anónimas, que constituyen la forma jurídica más acabada para la organización de la gran empresa comercial, han sido disciplinadas en la Ley 18.046, sobre la materia, recogiendo los requerimientos del tráfico mercantil de fines del siglo xx y de inicios del tercer milenio, en sus posteriores modificaciones. En efecto, la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) tiene el mérito de sustituir la concepción contractualista de esta clase de compañías, atribuyéndole ahora la naturaleza de persona jurídica, que es la que se aviene con sus rasgos tipificantes como son: tener su capital dividido en acciones, la no responsabilidad de los accionistas por las deudas sociales, su funcionamiento corporativo y su mercantilidad formal, con prescindencia del objeto para el cual se forma y aún en el caso en que este sea una actividad civil. Estos caracteres distintivos se advierten en los términos empleados por el legislador en la definición contenida en el art. 1 de la LSA, como así también en otras disposiciones de la misma ley. La normativa chilena de sociedades anónimas de 1982 se inspira en las reformas introducidas a la época sobre la materia, en Alemania en 1965, y en Francia en 1966, que regulan el funcionamiento de ellas, sobre la base de la separación entre la gestión social, en manos de los órganos de administración, consejo de administración o directorio, en el caso nuestro; la propiedad de la empresa en manos de los asociados organizados en las asambleas o juntas de accionistas, y la fiscalización o control interno, en poder de auditores externos e inspectores de cuentas. Todos estos órganos sociales están dotados de poderes legales propios y sin necesidad que los accionistas les confieran facultad alguna, con lo cual se confirma la característica de entidad corporativa que la sociedad anónima tiene, abandonando la noción contractualista largamente superada en la actualidad. Más aún, en las modificaciones posteriores de la LSA y sobre todo con la dictación del Decreto Supremo 702, del Ministerio de Hacienda, de 6 de julio de 2012, que aprueba el nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas, se introducen disposiciones que permiten el envío de informaciones y comunicaciones entre la sociedad y sus accionistas y al público en general, mediante el empleo de las nuevas tecnologías, habida consideración que la mayoría de las compañías de esta naturaleza han implementado su empleo creando sitios *web* al efecto. De esta suerte se facilita asimismo el funcionamiento de los órganos sociales, en los cuales sus miembros pueden estar virtualmente presentes y ejercer

algunos de sus derechos. La Ley de Sociedades de Capital de España, en el art. 11 bis dispone que estas sociedades puedan tener sitio *web* corporativo y en el caso de las que cotizan sus acciones en bolsa, la exigencia de la página *web* es obligatoria.

Dentro de este orden de materias, debemos dejar constancia de la creación de las sociedades anónimas deportivas profesionales, gracias a la Ley 20.019, de 7 de mayo de 2005, en cuyo Título II ellas están reguladas. Se trata de compañías que tienen por objeto exclusivo organizar, producir, comercializar y participar en actividades deportivas de carácter profesional y en otras relacionadas o derivadas de estas. Esta forma jurídica societaria era la que más se adaptaba a los requerimientos actuales de la actividad deportiva profesional, que mueve grandes intereses económicos y que no contaba con una figura legal apropiada para organizarse y ser controlada. Siempre en el contexto de las sociedades anónimas, en virtud de la Ley 20.179, de 29 de junio de 2007, se establecieron en nuestra normativa mercantil objetiva las sociedades de garantía recíproca (SAGR), con el propósito de facilitar el acceso al crédito a las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), que tenían dificultades para obtenerlo del sector bancario y financiero, formas societarias que habían sido reguladas en el Derecho comparado a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado. El objeto exclusivo de estas entidades es el otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la facultad de caucionar las obligaciones que ellos contraigan relacionadas con sus actividades profesionales, empresariales, productivas o comerciales. Asimismo, pueden prestar asesoría técnica, económica, legal y financiera a los beneficiarios y administrar los fondos a que se refiere su art. 33 y las contragarantías que se hayan rendido a su favor, según los pactos que acuerden las partes. La Ley 1/1994, de 11 de marzo, establece en España el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca (LSGR), que son entidades financieras constituidas bajo forma de sociedades mercantiles, con estructura corporativizada, capital variable y exclusión de responsabilidad de los socios por deudas sociales, que tienen por objeto satisfacer una serie de necesidades relacionadas con la mejora de los cauces de financiamiento de pequeñas y medianas empresas, cuyos titulares forman parte de su masa social. Al igual que la SAGR chilena, la española otorga garantías personales a los socios para el desarrollo de su actividad empresarial y proporciona, además, una serie de servicios conexos de orden financiero.

Tratándose de las *corporations* en el Derecho de los Estados Unidos, gozan de personalidad jurídica en el Estado donde se hayan constituido, o bien en aquellos Estados que la reconozcan como tal, y en los demás Estados se les considera como extrañas. Lo anterior se debe a la organización política de Estados Unidos como país federal. No obstante la existencia de Código de Comercio Uniforme (*Uniform Commercial Code*), el entramado normativo norteamericano es muy diverso, porque los Estados rivalizan entre sí para atraer el mayor número de sociedades dentro de sus fronteras, para obtener los impuestos de fundación de compañías (*incorporation revenues*) y otros beneficios derivados de las cargas impositivas. La diversidad es la tónica general de la regulación de las sociedades anónimas en Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en el sistema jurídico romanista, que es único para esta forma societaria y por lo general pleno de normas imperativas. La fundación de una *corporation* en Estados Unidos recibe el nombre de *incorporation* y se materializa en un documento denominado *Corporate Charter*. El proceso consiste en que los fundadores (*incorporators*) redactan unos *Articles of Incorporation* o *Articles of Agreement* o llenan un formulario tipo, en venta en cualquier librería, y una vez autorizado por notario, lo envían al Secretario del Estado donde se domiciliará la compañía que se trata de formar. Este funcionario se encarga de su inscripción en una especie de registro *ad hoc*, y si considera que se han cumplido

todos los requisitos jurídicos pertinentes, lo devuelve a los fundadores junto con un certificado de incorporación (*Certificate of Incorporation*), instrumento este último que notifica la obtención de la personalidad jurídica. Los *Articles of Incorporation* y el *Certificate of Incorporation* constituyen la *Corporate Charter*. En el Derecho continental europeo y latinoamericano, el documento que contiene el acto fundacional es la escritura pública constitutiva, en la cual se contienen también los estatutos sociales.

Siempre en el terreno de las sociedades, un hito relevante es la creación, en el Derecho objetivo nacional, de la sociedad por acciones (SpA) por la Ley 20.190, de 2007, incorporada al Código de Comercio en los arts. 424 a 446, que la describe como una persona jurídica, creada por una o más personas mediante un acto constitutivo contenido en escritura pública o en instrumento privado suscrito y protocolizado ante notario público. Esta entidad se estableció en la mira de fomentar la industria del capital de riesgo, es decir, aquellas inversiones que realizan las empresas emergentes o pequeñas, que tienen una promesa de alto rendimiento, pero que al mismo tiempo su riesgo no les permite acceder al crédito.

Esta forma societaria se destaca porque es una persona jurídica, en cuya creación pueden intervenir una o más personas. Es la primera vez en el ordenamiento mercantil chileno que se admite la existencia de una sociedad unipersonal *ab initio*, dado que la definición de sociedad contenida en el art. 2053 del Código Civil alude a un contrato en que «dos o más personas estipulan poner algo en común». Según el art. 103, núm. 2 de la LSA, la reunión de todas las acciones en manos de un solo accionista por un periodo inferior a diez días, no produce la disolución de la compañía, presentándose durante este breve lapso la figura de una sociedad anónima unipersonal sobrevenida. En el caso de la SpA, ella puede ser unipersonal tanto al inicio como por circunstancia sobreviniente durante su existencia. La normativa nacional no hace más que consagrar la antigua tendencia de la sociedad unipersonal admitida en Europa, particularmente en Alemania con la *Einmann-gesellschaften*, con la *société à main unique* del Derecho francés y con la *one man company* del Derecho de *Common Law*. Interesa asimismo señalar que la ley no se pronuncia expresamente por atribuir la naturaleza jurídica de contrato al acto fundacional de este tipo societario, sino se limita a disponer de la manera en que ha de perfeccionarse, pues en el evento que sea una sola persona natural o jurídica la que la constituye, no podría insistirse en que ese acto fuese un contrato, como tampoco lo es si concurren varios sujetos a su formación, porque es ante todo una sociedad de capital, que no forma parte de aquellas que se configuran en consideración primordial de la persona de los asociados. Nuestro aserto queda confirmado en el texto de los arts. 424, inciso 1.º, y 425, núm. 3, del Código de Comercio, donde se indica que la participación de los socios en el capital está representada por acciones cedibles y no por cuotas de interés social intransferibles por la voluntad individual de cada socio. Asimismo, la historia fidedigna del establecimiento de la ley aporta otro argumento irrefutable, cuando en el Mensaje del Ejecutivo se señala a la letra: «La participación de cada socio será fácilmente transable de manera de permitir una salida expedita y así se creen los incentivos a participar en la industria del capital de riesgo». Un rasgo definitorio consustancial de las sociedades capitalistas, consiste en que los socios no responden de las deudas sociales, sino tan solo del pago de sus respectivas acciones, configurándose así la personalidad jurídica plena, donde no existe comunicabilidad de las deudas sociales al patrimonio personal de los asociados. Sin embargo, en el caso de la SpA, el art. 429 del Código de Comercio, previene que los accionistas serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes a la sociedad. Esta responsabilidad del socio solo puede hacerse efectiva una vez que la acción del acreedor dirigida contra el patrimonio de la

compañía no haya podido satisfacer la obligación adeudada y hasta la concurrencia de su aporte social. Al ser de esta manera el legislador le da a la SpA el carácter de un mecanismo de limitación de responsabilidad, semejante a la EIRL, lo que a nuestro juicio no se condice con la naturaleza de sociedad de capital, que tiene la entidad creada recientemente. Es, asimismo, una característica diferencial de las sociedades capitalistas la existencia de un régimen de funcionamiento corporativo, a través de órganos sociales cuyas facultades están fijadas por disposiciones imperativas, que no pueden ser derogadas por la voluntad del o de los constituyentes ni por decisiones de los propios órganos sociales. A decir verdad, este régimen corporativo no aparece expresamente impuesto en la normativa vigente de la SpA, toda vez que el art. 424, inciso 2.º del Código de Comercio da amplia acogida al principio de la autonomía de la voluntad, al disponer que: «La sociedad tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de administración y los demás pactos que, salvo lo dispuesto en este párrafo, podrán ser establecidos libremente». Ante la meridiana claridad del texto legal no nos asiste duda que la libertad de pacto es el principio seguido por el legislador, de manera que en el estatuto social estipulado junto con la determinación de los derechos y obligaciones de los socios, se puede instituir un régimen corporativo de funcionamiento o una sistema de administración similar al de las sociedades personalistas. Los principios de fijeza, efectividad y conservación del capital social orientan la regulación del nuevo tipo societario, junto con el de la autonomía de la voluntad, que como hemos expresado, es un principio esencial reiteradamente consagrado en ella.

La normativa francesa nos ofrece un interesante enfoque de la regulación de la SpA, regida por los arts. L227-1 a L227-20 del Capítulo VII «De las Sociedades por Acciones Simplificadas» (SpAS), del Título II del Código de Comercio francés: «Disposiciones especiales a los diversos tipos de sociedades comerciales». Este tipo societario había sido creado en virtud de la Ley de 12 de julio de 1999, a la cual la Ley de modernización de la economía francesa (LMEF), de 1 de enero de 2009, introdujo diversas e importantes reformas, entre ellas la admisión de la sociedad por acciones simplificada unipersonal (SpASU). Esta última es la que equivale a la SpA regida por el Código de Comercio chileno. Ahora bien, tanto en el ámbito del Derecho nacional, como en el contexto del Derecho francés sobre la materia, estas sociedades se crearon con el propósito de facilitar la actividad económica comercial de empresas, que no tienen acceso a crédito bancario. En virtud de la LMEF es posible crear una SpAS o una SpASU con un capital equivalente a un euro, dado que el referido texto legal suprimió la exigencia de un capital mínimo para constituir las, que antes ascendía a la suma de 37.000 euros, aunque en la práctica no se da esta situación. La ley chilena tampoco exige un capital mínimo para formar cualquier clase de sociedad, sino más bien regula la efectividad y la conservación, cuando se trata de sociedades de capital, como en el caso de SpA. Para facilitar el funcionamiento de la SpA y con mayor razón de la SpASU, el legislador francés suprimió la existencia de la asamblea general de accionistas, como asimismo los comisarios de cuentas, que eran los órganos de control interno. En el Derecho chileno, como existe libertad para establecer en el estatuto social la administración, puede obviarse también la existencia de juntas generales de accionistas y de los inspectores de cuentas, aunque si se adopta supletoriamente el régimen de la sociedad anónima cerrada, conforme a la LSA, habría que considerar la existencia de órganos deliberantes, como juntas de accionistas, y de control, como los inspectores de cuentas. En el Derecho chileno y en el Derecho francés, las sociedades por acciones tienen como legislación supletoria la de las sociedades anónimas. En el caso de Chile, la normativa supletoria es la aplicable a las anónimas cerradas y en el caso

de Francia, el Código de Comercio se encarga de señalar, con toda precisión, cuáles son específicamente las disposiciones supletorias, según se trate de sociedades por acciones simplificadas o de simplificadas unipersonales.

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, habilita al Gobierno de España para dictar el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. De conformidad con esta última, son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital está dividido en participaciones sociales y se integra por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. En la sociedad anónima, el capital está dividido en acciones y se integra por aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. En la sociedad comanditaria por acciones, el capital está dividido en acciones y es integrado por todos los socios, uno de los cuales, al menos, responde personalmente de las deudas sociales como socio colectivo. La ley de sociedades de capital española dedica el Capítulo III a regular la sociedad unipersonal, que es una sociedad de responsabilidad limitada o anónima: *a)* constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica; *b)* la constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal. Este tipo de compañía en la que, en cierta medida, se equipara la SpA regulada en el Derecho chileno, en cuanto a que puede ser formada por un acto unilateral de una sola persona. El único socio ejerce la competencia de la junta general en la gestión de entidad y se encarga de establecer el régimen de administración. La normativa española regula la celebración de contratos entre el socio único con la sociedad unipersonal, los que deben constar por escrito o en forma documental.

Por último, en la materia que nos ocupa, debemos referirnos a la Ley núm. 20.659, de 8 de febrero de 2013, que establece el régimen simplificado de constitución de sociedades por vía electrónica, cuyo Reglamento es el Decreto Supremo 45, del Ministerio de Economía, publicado en el *Diario Oficial* de 28 de marzo de 2013, dejando subsistente el procedimiento tradicional sobre este mismo aspecto, previsto en el Código de Comercio y en leyes especiales. El procedimiento simplificado se aplica a las sociedades colectivas, a las en comanditas simples y por acciones, a la sociedad por acciones, a la sociedad de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas cerradas, a las sociedades anónimas de garantía recíproca y a la empresa individual de responsabilidad limitada, persona jurídica que no tiene forma societaria. La sociedad anónima abierta queda imperativamente sometida al régimen constitutivo previsto en la LSA. El procedimiento simplificado vía electrónica comprende la constitución, modificación, transformación, fusión, división, disolución y terminación de las entidades antes mencionadas. En el contexto de esta presentación, no entramos en detalles acerca de este régimen simplificado de formación de sociedades, pero interesa dejar constancia que constituye un progreso considerable para nuestro ordenamiento jurídico privado la incorporación del empleo de las nuevas tecnologías de la informática y de las telecomunicaciones, tendencia que gana lugar en el Derecho comparado, en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho uniforme del comercio internacional, en todo ámbito de materias. En el caso de las sociedades, no solo se trata de la formación en línea (*on line*) de ellas, sino también de facilitar su funcionamiento y el ejercicio de los derechos de asistencia y de voto de los asociados en los órganos sociales.