Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 196
AÑO LXII
JULIO - DICIEMBRE 1994
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA CRISIS DEL DERECHO COMERCIAL EN CHILE

GABRIEL RIOSECO ENRIQUEZ
Prof. Derecho Comercial
Universidad de Concepción

El debate que libran los especialistas en torno a los principios propios y relevantes que debieran informar la nueva normativa del derecho comercial en Chile deja de manifiesto la obsolescencia de la que aún nos rige.

Vale la pena examinar el origen de esta situación, ya que tal ejercicio permite visualizar en mejor forma la envergadura del problema, la urgencia de encararlo y las dificultades que entraña la búsqueda de una solución de fondo.

1. RAMA DEL DERECHO PRIVADO

Toda clasificación o compartimentalización de derecho tiene algo de artificial. El derecho es uno solo, por lo que la identificación de diversas ramas o especialidades no pasa de ser una cuestión de énfasis. Sin embargo, para nuestros fines es útil asignar al derecho comercial una ubicación determinada.

Partamos señalando la validez que tiene reconocerlo como rama del derecho privado, junto al civil. Ambos se desenvuelven en el ámbito de los particulares, sea por el hecho de que la condición de los titulares de derechos y obligaciones impide la injerencia de entes públicos, sea porque su contenido se limita a los intereses de los contratantes. Lo anterior queda en evidencia cuando se revisan los contenidos de los códigos de comercio del siglo pasado, vigentes hasta hoy, en particular el Código de Comercio chileno. Todas sus regulaciones se limitan al derecho privado mercantil de carácter obligacional, con exclusión de las instituciones de derecho público.

Ahora bien, resulta innegable que en la actualidad una serie de instituciones clásicamente mercantiles, entre ellas los mercados de valores, bonos y seguros, reciben la influencia de la normativa del derecho público, principalmente del administrativo.

Mayor importancia todavía reviste la aparición de una nueva disciplina, denominada "derecho económico". En la definición de Krause, se trata del conjunto de conceptos en los que se expresa jurídicamente la vinculación de la economía con la comunidad nacional.

Las normas del derecho mercantil acusan, pues, algún grado de subordinación a un ordenamiento jurídico de la economía, de origen constitucional básico y, por ende, de rango superior, fundamentalmente de carácter público.

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Estamos así en presencia de lo que ha dado en llamarse "orden público económico". Este condiciona las relaciones jurídicas privadas del derecho mercantil, de la misma forma que, según postula Joaquín Garrigues, el derecho de propiedad privada se halla condicionado por el ordenamiento constitucional de la propiedad.

2. ESPECIFICIDAD DEL DERECHO COMERCIAL

La materia propia del derecho mercantil, que determina su especialidad y el imperativo de una regulación propia y distinta, es sin duda el comercio.

Sin embargo, las discrepancias existentes en cuanto al alcance del concepto de comercio han redundado en severas anomalías en nuestro derecho positivo.

Desde el punto de vista económico, persisten discrepancias acerca del contenido del comercio. En el terreno jurídico, el intento de definir esta actividad en función de los fines del derecho mercantil constituye una ficción.

En el mundo real, el derecho mercantil regula un comercio que la ley circunscribe a base de elementos externos artificiales. Jurídicamente, ello significa crear una categoría de actos, aun cuando ellos carezcan de elementos esenciales comunes que los distingan, o eliminar otros, por razones dispares y convencionales. Ese es el resultado a que conduce la ausencia de una "directriz única" o una concepción coherente que inspire el concepto.

3. EL COMERCIO DESDE UN PUNTO DE VISTA ECONOMICO

Las connotaciones económicas del comercio son a estas alturas tan evidentes que resulta inconcebible un estudio del derecho mercantil que prescinda de un enfoque economicista.

Las regulaciones mercantiles cobran toda su importancia cuando se las ubica en el contexto de los intereses económicos en juego, a los que tratan de impulsar, desarrollar y organizar, sin perjuicio del ejercicio del rol protector que les compete.

Reseñemos entonces algunas ideas básicas de comercio, por ahora sólo desde un punto de vista económico.

Bajo dicho supuesto, la noción más amplia de comercio lo concibe como todo cambio o trueque en el que concurren los elementos económicos de escasez de bienes; de necesidades, vale decir apetencia respecto de bienes determinados y realizables; de valor de uso, que es la consideración que la persona atribuye a un bien para satisfacer una necesidad; y de valor de cambio, esto es la aptitud que posee el bien para tal propósito.

En una aproximación más exigente se detecta un rasgo que no puede estar ausente de ningún intercambio comercial. Se trata de la intermediación, concepto de carácter económico que si bien ha sido objeto de consideración jurídica, preserva su naturaleza propia. Cabría definirla como el conjunto o complejo de actividades que participan en el acercamiento o aceleración de la riqueza mobiliaria entre productores y consumidores.

De aquí se desprende en primer término que constituyen comercio las actividades económicas que cumplen el objetivo indicado. Entre ellas figuran, por ejemplo, la industria manufacturera o el transporte, aun cuando en términos estructurales configuren actividades ajenas al comercio propiamente tal.

En segundo lugar, corresponde excluir actividades originarias o económicamente definitivas. La minería y la agricultura no son intermediarias, ya que no llegan en forma directa al consumidor.

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En un análisis más acabado se percibe la existencia de personas u organizaciones que intermedian, así como de actos que son por naturaleza intermediadores. La intermediación supone personas, actos u organizaciones.

Cabe preguntarse también qué se puede intermediar. La respuesta abarca bienes corporales e incorpóreos, dinero, servicio, valores, títulos. En suma, todo aquello que por su naturaleza es objeto de cambio fácil e inmediato.

El segundo elemento esencial del comercio es el lucro o interés de ganancia, que es lo contrario a la gratuidad o filantropía. El lucro no es exclusivo del comercio, está presente en la mayor parte de las actividades humanas. De otro lado, hay otros incentivos que promueven la actividad comercial, al margen del lucro propiamente tal, aunque en forma indirecta lo supongan, entre ellos el interés de ganancia. Por ejemplo, el *dumping*, la oferta de bienes o servicios a precios incluso inferiores a los costos, la oferta de precios de liquidación, etc.

En estos casos no existe lucro directo, pero es evidente que la política de costos y precios de las empresas involucradas apunta a un objetivo económico determinado.

Acertado resulta, entonces, destacar que un elemento moderno del comercio es el beneficio económico para su titular, entendiendo este concepto como un fin, dentro del marco de la eficiencia, en consideración de la libre competencia comercial.

4. CONCEPTO JURIDICO DE COMERCIO

El derecho comercial nace confundido con el derecho común y va adquiriendo formas propias a través de derogaciones consuetudinarias de aquél, de modificaciones o desviaciones impuestas por las necesidades vitales de la actividad de que se trata.

En la actualidad configura un todo, con principios jurídicos propios y materias exclusivas de importancia y consideración general. Inclusive, dispone de un método propio de investigación.

El desarrollo histórico del derecho comercial avanza al impulso de dos criterios, subjetivo uno, objetivo el otro. Estos responden a sendas concepciones que procuran definir el ámbito de la actividad comercial, a fin de hacerla merecedora de un amparo jurídico especial.

Según el criterio subjetivo, el derecho comercial es un conjunto de normas jurídicas reguladoras de la actividad de los comerciantes para el ejercicio de su comercio. Se trata de un derecho que regula una serie profesional de actos mediadores entre la producción y el consumo, propios de la circulación de la riqueza, en los cuales no participan ni el productor ni el consumidor. Son actos que están presididos por el afán de lucro, no como un objetivo esporádico ni aislado, sino repetido y sistemático, en tanto fuente constante de ingresos.

El criterio objetivo, por su lado, considera que el derecho mercantil regula determinados actos que satisfacen requisitos bastante específicos, cuyo patrón común es la intermediación. Propio de este criterio es el distingo entre el acto de comercio y la persona que lo ejecuta. He ahí, según esta concepción, la esencia del concepto de derecho mercantil.

5. ANALISIS CRITICO

En la concepción subjetiva se produce una simbiosis entre acto y actividad. La actividad mercantil sirve para definir a las personas en tanto comerciantes, con lo que sus actos profesionales quedan sometidos a un derecho especial.

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Ahora bien, resulta impropio definir el ámbito de un derecho especial a la luz de la actividad de quien lo ejecuta, en lugar de hacerlo en función de una determinada característica, sea ésta cual fuere. Toda definición ha de incluir los elementos esenciales de lo que se define; debe señalar lo que le confiere su naturaleza esencial y lo distingue de otras entidades, aun de las que se le asemejan.

Desde esta perspectiva es también impropio definir un derecho, un ámbito, la esencia de éste, en función, exclusivamente, del titular que lo ejecuta.

Es evidente que la solidez de esta concepción reside en la naturaleza de la actividad de que se trata, vale decir en su carácter intermediario. Este configura una función propia, cuya regulación amerita la existencia de un derecho especial.

No cabe perder de vista que "la intermediación" es un elemento económico del comercio, propio de la doctrina mercantilista. Al construir ésta la noción del derecho mercantil sobre la base del concepto económico del comercio, atiende a la finalidad del mismo. El fin más elocuente de dicha actividad estriba en la circulación de la riqueza mobiliaria, ligada a la noción de especulación o fin de ganancia y profesionalismo.

En lo tocante a la concepción objetiva, ésta reconoce como propios del derecho mercantil algunos actos profesionales que siempre han sido objeto de su regulación, entre ellos las operaciones bancarias y bursátiles, las letras de cambio, los pagarés, cheques y contratos marítimos, etc. El elemento distinto del derecho mercantil, empero, es que regula el acto aislado que reúne ciertas notas analíticas de comercialidad, según enseña Garrigues.

La objeción principal que se formula a este criterio es que el objeto de la regulación está constituido por actos aislados, ocasionales, cuyas características comunes de carácter económico derivan de la función de intermediación. En el mundo real, en cambio, el comercio es habitualidad, repetición, malla de interés. Por un lado, entonces, profesión de vida; por el otro, organización profesional, en la que el acto aislado y ocasional prácticamente desaparece.

En este esquema, los actos de comercio profesional y los que efectúan en forma esporádica las personas comunes quedan sometidos a la misma regulación especial.

Pensemos en un profesional liberal que adquiere un bien con ánimo de venderlo, intención que luego materializa. Pensemos ahora en las compras y ventas que efectúa a diario una gran empresa dedicada al rubro. Resulta absurdo someter las operaciones de uno y otra a la misma reglamentación específica. Ello no se compadece con la concepción jurídica moderna, para la cual el comercio es precisamente lo contrario de actos ocasionales y aislados.

Si el derecho comercial debe recurrir a fórmulas externas, a menudo artificiales, es porque el comercio ha perdido su correspondencia con el derecho comercial. Al ser privado de un elemento que le es inherente, la organización profesional, éste deja de poseer explicación lógica. He ahí la consecuencia de un defecto esencial de concepción.

6. EFECTOS DE LA CONCEPCION OBJETIVA

Desde el momento que el derecho comercial regula los mismos actos que el derecho civil, exigiendo tan sólo el cumplimiento de determinadas condiciones, los principios propios del primero se hacen extensivos al segundo. El derecho civil los adopta como propios, dada la eficiencia que los primeros han demostrado para la regulación de las relaciones contractuales.

El ámbito del derecho comercial se constriñe hasta tal punto que se llega a dudar de la necesidad de su existencia.

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La otra cara de tal generalización es la comercialización del derecho civil. Este invade el derecho comercial y adopta sus principios y características, tornándose más flexible y eficiente.

El intento de acotar la materia mercantil en torno al llamado "acto de comercio objetivo" provoca un grave divorcio entre comercio y derecho mercantil. La pretensión de transformar el concepto económico de comercio en fundamento del derecho mercantil obliga a introducir distingos y salvedades. Es que no todo el derecho del comercio es mercantil ni todo el derecho mercantil es para el comercio.

En rigor, el derecho mercantil constituye apenas una parte del derecho que se refiere al comercio. En efecto, en materia mercantil existe también un derecho administrativo, uno fiscal, otro penal e incluso uno internacional.

El derecho mercantil no puede quedar confinado al ámbito de las relaciones privadas porque en el mundo sus normas se entrecruzan de manera cada vez más intensa con las de derecho público. Así lo exige la cautela del interés público en el caso, por ejemplo, del quehacer de bancos, bolsas, compañías de seguros, etc.

Por otra parte, no todo el derecho mercantil es para el comercio. La aplicación de algunos de sus segmentos es ajena a la finalidad comercial de la operación. Considérense, a título ilustrativo, los actos formales de comercio, las operaciones sobre letras de cambio, los pagarés, cheques y contratos de cambio, las sociedades anónimas.

De esta forma se quiebra, desde el punto de vista jurídico, la conexión entre comercio y derecho mercantil.

Garrigues caracteriza este divorcio señalando que el derecho mercantil es un concepto más restringido que el derecho de la materia de comercio, y más amplio que el de derecho de la pura actividad comercial.

La anomalía es cada vez más evidente en el derecho positivo. El debate parlamentario a propósito del proyecto de ley que norma las relaciones entre proveedores y consumidores ha tornado flagrante el divorcio entre derecho comercial y comercio. Dicho proyecto sanciona infracciones en perjuicio del consumidor y determina procedimientos de fiscalización, juzgamiento y penalización de tales conductas.

Al tenor de su artículo 2°, quedan sujetos a las disposiciones de la ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y de civiles para el consumidor.

Aparte de las reservas que provoca el contenido de dicha disposición, resulta ajena a la estructura del Código de Comercio la referencia a la mercantilidad "en otras disposiciones legales". En efecto, según el código del ramo sólo los enumerados en el artículo tercero constituyen "actos de comercio".

Dejar expuesto lo mercantil a otras leyes no es sino patentar el divorcio que se observa en la práctica entre el derecho comercial y el comercio.

Más todavía, el proyecto dispone que las normas de la ley serán aplicables a la comercialización de sepulcros o sepulturas, así como al suministro del uso y goce de inmuebles, amoblados y para fines de descanso o recreo, por períodos no superiores a tres meses.

Nunca los inmuebles han sido objeto de mercantilidad porque ello resulta incompatible con la estructura del Código de Comercio. La antinomia jurídica llega, en este caso, al extremo.

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

7. REGULADOR DE LOS ACTOS EN MASA

En su concepción actual el derecho mercantil se encuentra, pues, en una peligrosa crisis. Asumir un enfoque más realista es la única forma de evitar su desaparición, en caso contrario inevitable. Clave es el reconocimiento de que su objeto consiste en ocuparse de preferencia de los actos jurídicos realizados en masa, vinculados a la actividad externa de las empresas.

El distingo entre actos civiles y mercantiles no existe en la naturaleza de las cosas, sino que sólo logra su razón de ser en cuanto apunta a los fines a los cuales tales actos sirven. Por consiguiente, si la finalidad es mercantil, lo convierte en mercantil; si por el contrario, es civil, el acto que sirve para alcanzar esa finalidad se convierte en civil.

Ahora bien, la presunción de que se está en presencia de esa actividad resulta fundada cuando el acto en cuestión pertenece a la serie orgánica de las operaciones propias de una industria mercantil. Un mismo acto puede cambiar de carácter o transformarse en otro distinto, si es que se lo ejecuta de manera mecánica o habitual. Nos enfrentamos, entonces, a lo que se denomina actos realizados en masa, con espíritu de ganancia duradera.

La razón de ser del derecho mercantil estriba en la necesidad de regular mediante normas jurídicas específicas este tráfico en masa.

Este enfoque alternativo pone de relieve las características externas, fácilmente reconocibles, de la actividad comercial. No atiende a la finalidad, que puede o no ser de mediación, sino a la existencia o no de repetición en masa. No se fija en la intencionalidad y pasa por alto los actos de naturaleza íntima. Toma en cuenta lo profesional o público; considera lo visible, dejando de lado lo invisible.

Para utilizar la acertada expresión de Loches, puede aseverarse que allí donde hay rutina y organización, allí habrá derecho mercantil.

8. LA EMPRESA

La realización de actos en masa exige una organización adecuada, propia de las empresas. Al identificar ambos conceptos, el derecho mercantil se libera de toda disquisición concerniente a la finalidad del acto y pasa a ser el instrumento regulador del quehacer de las empresas.

El centro de gravedad del sistema se traslada desde el acto hacia la organización capaz de producir actos en masa.

El derecho mercantil deja de ver amenazada su existencia y emerge, por el contrario, como un todo unitario, armónico y autónomo. Cobra auténtica autonomía respecto del derecho civil y entra a regular a las empresas en general, sea cual fuere su naturaleza.

La diferencia fundamental entre derecho civil y comercial estriba, entonces, en que el primero afecta a las personas, naturales y jurídicas, y a la familia, en tanto que el segundo tiene por objeto la empresa. Esta última supone, como elemento formal, aparente, la existencia de una organización, lo que a su turno justifica la instauración y el desarrollo de un derecho especial.

9. NORMAS INCONCILIABLES

Trasladado este análisis al derecho positivo general, se detectan incongruencias difíciles de explicar. Las normas básicas del Código de Comercio respecto del co-

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mercio y los comerciantes son inconciliables con las disposiciones de igual nombre contenidas en leyes especiales.

Examinemos algunos casos, a título de ejemplo:

Tomemos la legislación de fondo aplicable. Nos encontraremos con los contratos mercantiles íntegramente regulados por el derecho civil, los cuales no admiten posibilidad alguna de incorporación de los principios propios de la normativa del derecho mercantil. Es que la regulación civil es completa y no da cabida a lagunas que generen la necesidad de integrarse con otras fuentes.

Tal es el caso del contrato clásico, y madre de la mercantilidad, la compraventa. Están también el arrendamiento, el mutuo, el depósito, los contratos accesorios. La cuantificación del número de disposiciones que el Código de Comercio dedica a cada uno de estos contratos lleva a elocuentes resultados.

Por el contrario, en el contexto de la simbiosis entre el derecho civil y el comercial, existen contratos cuyos derechos y obligaciones civiles se encuentran íntegramente regulados por el código. Es el caso del transporte, el seguro y la cuenta corriente, en los cuales las partes, los intereses en juego y los efectos del acto recaen exclusivamente en el ámbito del derecho común.

¿Cuál es la explicación? Ella es atribuible, únicamente, al carácter objetivo formal de la normativa vigente, en la que lo mercantil no arranca de la naturaleza o esencia de las figuras jurídicas, sino de ficciones legales. Estas tienen la ventaja de permitir alternativas o adecuaciones, todas aceptables, pero entrañan también el peligro de generar confusiones y anormalidades del tipo de las que hemos reseñado.

Es cierto que la Constitución Política de la República (artículo 19, número 21), el Código Civil (artículo 1.464) y la ley antimonopolio aluden al comercio en el marco del conjunto de las actividades económicas, situándolo junto a la industria, el transporte, etc. Asumen, pues, el concepto económico de comercio, referido exclusivamente a actividades mediadoras. Sin embargo, es un tratamiento bastante excepcional, al que no nos referiremos aquí.

En cambio, la propia Ley Antimonopolio (artículos 1 y 4), la ley sobre el Impuesto al Valor Agregado (DL 825), la Ley de Protección de Medio Ambiente (19.300), la Ley de Quiebras (artículo 41) y la Ley de Renta (artículo 20, números 3 y 84) han orientado sus normativas específicamente a la "actividad comercial".

¿Cuál es el alcance que otorgan a este concepto? "Actividad" supone una serie de actos de una misma naturaleza especial. Ello envuelve un grado de complejidad superior al que es propio del comercio propiamente tal, sólo vinculado a la ejecución de actos de comercio (artículo 3° del código). En efecto, la noción de actividad representa un principio de organización, más o menos perfecto, de mayor o menor entidad o dimensión, que acota el concepto formal de acto de comercio formal.

Nos parece que es necesario establecer un distingo entre el concepto de "actividad" económica, sea ella comercial, industrial, etc., y el de comerciante propiamente tal que aparece en el artículo 7 del código. Al formular esta propuesta no se nos escapa que la disposición recién citada incorpora el elemento "consagración profesional". Sin embargo, este último es de naturaleza individual, en tanto que el primero se asimila a una organización, más o menos compleja.

Cabe afirmar, entonces, que el concepto de "actividad comercial" implícito en las mencionadas leyes está más cerca del criterio de mercantilidad como efecto del acto masivo de empresa, que del utilizado en el código pertinente.

En suma, la médula de lo comercial en estas leyes se vincula a la organización. La materia de la regulación (sujeto de tributo, sanción penal, deudor calificado, etc.) es

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una determinada actividad. A estas leyes especiales no les preocupa la mera ejecución de actos de comercio, la cual constituye, por el contrario, el centro de la mercantilidad común.

Llama, asimismo, la atención que las citadas leyes se refieran al comercio y la industria como actividades diferentes, en circunstancias de que el artículo tercero del Código de Comercio abarca a buena parte de la actividad industrial. Adicionalmente, otorgan a la minería la explotación de las riquezas del mar, la agricultura, la minería y el ejercicio de profesiones liberales, entre otras, un trato semejante al que dispensan a las actividades comerciales, a diferencia de lo que se observa en el código.

CONCLUSIONES

En el análisis anterior hemos dejado de manifiesto la problemática que presenta el Derecho Comercial y su envergadura, resultando como su efecto, frente a la realidad jurídico-económica, la incongruencia e inadaptación entre el Código de Comercio y la normativa legal especial que se refiere al comercio.

De ello podemos obtener algunas conclusiones últiles, para futuros estudios sobre la materia.

En primer lugar, la afirmación de que el derecho comercial chileno, contenido en el Código de Comercio, no se concilia con la realidad económica en que se vive actualmente. El derecho del comercio de hoy tiende a regular la actividad externa de las organizaciones profesionales (empresas con mayor o menor grado de complejidad) destinadas a producir bienes o servicios.

Como consecuencia de lo anterior, nuestro régimen jurídico actual no reconoce conceptos comerciales básicos, de comercio, empresa, comerciante o empresario, que la vida de los negocios ha elaborado sobre la base de la realidad comercial moderna y sus leyes particulares que la regulan con el concepto de comercio, empresa, comerciante y empresario del derecho comercial positivo contenido en el código del ramo. Por eso es que, casi siempre, dichas leyes se ven obligadas a definir específicamente, para sus propios fines, el sujeto al que se refieren, la materia que regulan, e inclusive las características jurídicas de las relaciones que surgen, no obstante que todo ello se podría amparar bajo el concepto genérico de comercio. Y lo que es más grave, puede darse el caso, frente a una laguna de la ley mercantil especial, de dejar una relación jurídica incompleta, por insuficiencia del derecho comercial común como fuente del derecho mercantil.

La tendencia actual, entonces, es atribuir al derecho comercial la facultad reguladora de actos en masa, con las características propias de su naturaleza, como ser, cantidad, permanencia, habitualidad, publicidad, tipicidad, en que todos los actos forman una malla en donde cada acto se inicia donde termina otro y así sucesivamente, todo lo que supone un principio de organización (empresa) más o menos compleja.

Si el derecho comercial pasa a ser regulador de los actos en masa, que comprende la actividad externa de la empresa, debemos atribuir a esa normativa principios propios, derivados de la materia que regula, como exigencia de su propia naturaleza, sea para procurar el buen funcionamiento del sistema, o para obtener el desarrollo de los intereses que se comprometen o para propender a la seguridad de los resultados propuestos o para la defensa de la parte más débil.

Así será posible incorporar en un derecho especial mercantil principios comerciales de tanta relevancia como son los que indica el profesor de Derecho Comercial Sr. Arturo Prado Puga en una publicación en el diario *El Mercurio* de Santiago el día 9 de

Artículo: La crisis del derecho comercial en Chile
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Gabriel Rioseco Enríquez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

diciembre de 1994, consistentes en la limitación objetiva de la autonomía de la voluntad, dando importancia a la repercusión externa de ella misma, restando significación a la voluntad externa; titularidad sustancial de los derechos, evitando el abuso de formas jurídicas meramente nominales; reconocimiento de la necesidad de limitar la responsabilidad patrimonial y los riesgos inherentes a la actividad empresarial, a través de la creación de patrimonios separados, tutela de la apariencia de situaciones de hecho, mayor libertad en cuanto a la admisión de medios de prueba, reconocimiento de operaciones atípicas, importancia de normas internacionales de carácter mercantil, libertad de comerciar, solidaridad legal, incorporación de derechos en títulos, literalidad, autonomía, abstracción, existencia de privilegios y preferencias.

Sobre estos principios se debe sustentar el nuevo derecho comercial, cuyo estudio debe ser materia de la preocupación preferente de los interesados en esta rama del derecho.