



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**CONTRATO DE COMISIÓN
NATURALEZA JURÍDICA
Y
TRIBUTACION**

Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor

CLAUDIO JAVIER ALBORNOZ VENEGAS

Profesor guía: Sr. SERGIO ENDRESS GÓMEZ

Abogado y Magíster en Derecho por la Universidad de Chile.

Santiago, Chile

2011.

Agradecimientos.

A Francisco Leal, que me trajo de vuelta a Cristo.

A Sergio Endress, por la alta exigencia de su trabajo.

A mi madre, que me enseñó a estudiar.

A mi padre, que me motivó a estudiar derecho.

A Marito, uno de mis guías en la vida.

A Linda, por su particular visión de la vida.

A mi amada, por casarse con un simple egresado.

Y a Dios, pues toda gracia en mi vida viene de Él.

Índice.

Agradecimientos.....	2
Índice.....	3
Resumen.....	12
Introducción.....	13
Capítulo I. Evolución del comercio y del derecho comercial.....	14
1.1 Evolución del comercio.....	14
1.2 Evolución del derecho comercial.....	14
1.3 Historia de la comisión.....	15
1.4 El mandato.....	15
1.4.1 Remuneración.....	16
1.4.2 Representación.....	16
1.4.3 Objeto.....	17
1.5 La comisión propiamente tal.....	18
1.5.1 Edad media.....	18
1.5.2 Edad moderna.....	19
1.5.3 La codificación.....	20
Capítulo II. La comisión en el derecho comparado.....	21
2.1 La comisión en el derecho francés.....	21
2.1.1 Definición de comisionista.....	21
2.1.2 Elementos de la esencia.....	22
2.1.3 Análisis particular de las características.....	22
2.1.3.1 a) El comisionista es un comerciante profesional.....	22
2.1.3.2 b) Actuación por cuenta ajena.....	23

2.1.3.3	c) Realiza actuaciones comerciales.....	23
2.1.3.4	d) Actuación a nombre propio.....	23
2.1.4	Efectos del contrato entre las partes.....	24
2.1.4.1	Obligaciones del comisionista.....	24
2.1.4.2	Obligaciones del comitente.....	24
2.1.4.3	Efectos del contrato con terceros.....	25
2.1.5	Pactos accesorios del contrato.....	26
2.1.5.1	La autocontratación.....	26
2.1.5.2	La cláusula <i>ducroire</i>	27
2.1.6	Comisiones especiales.....	28
2.1.6.1	Comisión de venta.....	28
2.1.6.2	Comisión de compra.....	28
2.1.6.3	Comisión de transporte.....	28
2.1.6.4	Comisionistas oficiales.....	29
2.1.6.5	Comisión de aduana.....	29
2.2	Código de comercio español.....	29
2.2.1	Definición de comisionista.....	30
2.2.2	Elementos de la esencia.....	31
2.2.3	Efectos del contrato.....	31
2.2.3.1	Efectos del contrato entre las partes.....	31
2.2.3.2	Efectos del contrato entre terceros.....	32
2.2.4	Pactos accesorios de la comisión.....	32
2.2.4.1	Autocontratación.....	32
2.2.4.2	La cláusula de garantía.....	32

2.2.5	Comisiones especiales.....	33
2.2.5.1	Comisión de transporte.....	33
2.2.5.2	Otros contratos de intermediación.	33
2.3	La comisión en el derecho argentino.	33
2.3.1	Definición de comisión.....	33
2.3.2	Efectos del contrato.....	35
2.3.3	Pactos accesorios de la comisión.....	35
2.3.3.1	Cláusula de garantía.....	35
2.3.4	Comisiones especiales.....	35
2.4	Sistemas de comisión en el derecho comparado.....	36
Capítulo III. La comisión en el Derecho Comercial Chileno.....		38
3.1	Nociones previas.....	38
3.2	Definición.....	39
3.3	Elementos de la esencia.....	40
3.3.1	Mercantilidad del encargo.....	40
3.3.2	Determinación del encargo.....	41
3.3.3	Diferencia con otros contratos.	42
3.4	Perfeccionamiento del contrato.	43
3.5	Efectos de la comisión.....	44
3.5.1	Obligaciones de las partes.	44
3.5.1.1	Obligaciones del comisionista.....	44
3.5.1.1.1	Obligación de realizar el negocio encomendado. Artículo 245.	44
3.5.1.1.2	Obligación de custodia y conservación.	46
3.5.1.1.3	Obligación de comunicación.	47

3.5.1.1.4	Obligación de rendir cuentas.....	47
3.5.1.1.5	Obligación de remitir el saldo a favor del comitente.	48
3.5.1.2	Obligaciones del comitente.....	48
3.5.2	Efectos del contrato con terceros.	49
3.5.2.1	Actuación a nombre propio.	49
3.5.2.2	Actuación a nombre del comitente.....	49
3.6	Pactos accesorios del contrato.....	49
3.6.1	La autocontratación.....	49
3.6.1.1	La autocontratación en el Código Civil.....	49
3.6.1.2	La autocontratación en el Código de Comercio.....	50
3.6.2	La comisión de garantía.	51
3.7	Comisiones especiales.....	51
3.7.1	Comisión de compra.....	51
3.7.2	Comisión de venta.....	52
3.7.3	Comisión de transporte.....	53
3.7.4	Otros tipos de comisionistas.....	53
3.7.4.1	Martilleros.....	53
3.7.4.2	Corredores de bolsa.	54
Capítulo IV.	La comisión en el Derecho tributario chileno.	55
4.1	Introducción.....	55
4.2	Terminología.....	56
4.2.1	Contenido del vocablo discutido.	56
4.2.2	Definición de comisionista según el sentido natural y obvio.....	57
4.2.2.1	Resumen.	57

4.2.2.2	Desarrollo.	57
4.2.2.3	Consecuencias.	57
4.2.3	Definición de comisionista según el Código de Comercio.	59
4.2.3.1	Resumen.	59
4.2.3.2	Desarrollo.	59
4.2.3.3	Conclusión.	61
4.3	Tributación del comisionista.	61
4.3.1	Evolución del gravamen al comisionista.	62
4.3.2	Clasificación de los comisionistas. Criterios jurisprudenciales.	64
4.3.2.1	Capital.	65
4.3.2.1.1	A favor de la distinción basada en el capital.	66
4.3.2.1.2	En contra de la distinción basada en el capital.	67
4.3.2.2	Habitualidad de las operaciones.	69
4.3.2.3	Otros requisitos.	70
4.3.2.4	Oficina establecida.	70
4.3.2.4.1	Planteamiento del problema.	70
4.3.2.4.2	Posturas de la jurisprudencia.	71
4.3.2.4.3	Diversos aspectos de la oficina establecida.	72
4.3.2.4.4	Oficina establecida e IVA.	73
4.3.2.4.5	Conclusiones.	74
4.3.2.5	Supuesta protección del comisionista no empresario.	74
4.3.3	Impuesto adicional.	75
4.3.4	Situación de los reembolsos.	79
	Conclusiones.	81

Bibliografía.....	83
5.1 Manuales.....	83
5.2 Leyes.....	85
5.3 Jurisprudencia	85
5.4 Sentencias.....	86
5.5 Oficios.	88
5.6 Circulares.	91
5.7 Boletín Servicio de Impuestos Internos.....	91
Apéndices.....	93
6.1 Jurisprudencia judicial.	93
6.1.1 Ley N° 3.996 de 1924.	93
6.1.2 Ley N° 5.169 de 1933.....	93
6.1.2.1 Casación en el fondo, 13 de diciembre de 1940, Mella con Impuestos Internos.	93
6.1.3 Ley N° 8.419 de 1946.....	94
6.1.3.1 Casación en el fondo, 23 de mayo de 1951, Munchmeyer y otros con Impuestos Internos.....	95
6.1.3.2 Casación en el fondo, 9 de enero de 1952, Compañía distribidora con Impuestos Internos.....	96
6.1.3.3 Casación en el fondo, 14 de enero de 1953, Compañía Frutera Sud Americana con Impuestos Internos.	98
6.1.3.4 Casación en el fondo, 13 de mayo de 1953, Sociedad Lange con Impuestos Internos.....	99
6.1.4 Decreto Supremo N° 2.106 de 1954.....	100
6.1.4.1 Casación en el fondo, 29 de julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos.	101

6.1.4.2	Casación en el fondo, 13 de abril de 1955, Importadora chilena SA con Impuestos Internos.....	102
6.1.4.3	Casación en el fondo, 26 de diciembre de 1955, Aninat con Impuestos Internos.	103
6.1.4.4	Casación en el fondo, 5 de agosto de 1957, Chadwick Herrera y Cía. Limitada con Impuestos Internos.....	104
6.1.4.5	Casación en el fondo, 16 de mayo de 1960, Kelter con Impuestos Internos.	104
6.1.4.6	Casación en el fondo, 4 de octubre de 1960, Larraguirre y Cía. y otros con Impuestos Internos.....	105
6.1.4.7	Casación en el fondo, 25 de octubre de 1960, Arreo con Impuestos Internos.	107
6.1.4.8	Casación en el fondo, 8 de mayo de 1962, Garnham con Impuestos Internos.	108
6.1.4.9	Corte de Santiago, 9 de octubre de 1963, Oyanedel Vargas y Cía. con Impuestos Internos.....	111
6.1.4.10	Casación en el fondo, 13 de mayo de 1964, Cox con Impuestos Internos.	112
6.1.4.11	Casación en el fondo, 18 de mayo de 1964, J. Spoerer y Cía. Ltda. con Impuestos Internos.....	112
6.1.5	Ley N° 15.564 de 1964.....	113
6.1.6	Decreto Ley N° 824 de 1974.....	114
6.1.6.1	Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de abril de 1994, Agencias Skorpis con Impuestos Internos.	115
6.1.6.2	Casación En El Fondo. 28 de septiembre de 2004. Blackwood con Impuestos Internos.....	116
6.2	Jurisprudencia del Servicio de Impuestos Internos.	117

6.2.1	Como la remuneración a la que tienen derecho las AFP y AFC por la administración de los fondos de sus afiliados.	117
6.2.2	Comisión como remuneración, sin relación con el mandato comercial.	117
6.2.3	Comisión como remuneración, relacionada con el mandato comercial....	118
6.2.3.1	Tres tipos de comisionistas. Oficio N° 2.382 de 1975.	118
6.2.3.2	Las agencias de negocios son comisionistas de las aerolíneas. Oficio N° 4.445 de 1991.	118
6.2.3.3	Comisiones cobradas por la venta de bienes exentos de IVA no aprovechan crédito fiscal. Oficio N° 2.291 de 19 de agosto de 1996.	119
6.2.3.4	Comisiones por la promoción de contrato de transporte. Oficio N° 2.763, de 4 de octubre de 1996.....	119
6.2.4	Comisión como contrato comercial. Artículo 59 N° 2 de la Ley de la Renta, Impuesto Adicional.	120
6.2.4.1	Comisiones por servicios de custodia. Oficio N° 4.608 de 1992.....	120
6.2.4.2	El Banco Central encomienda a un banco extranjero la administración de parte de sus reservas internacionales. Oficio N° 4.419 de 1993.....	121
6.2.4.3	Comisiones remesadas y retenidas. Oficio N° 2.313 de 3 de octubre de 1997.	121
6.2.4.4	Comisión por la administración y colocación de bonos en el exterior. Oficio N° 1.062 de 6 de abril de 1999.....	121
6.2.4.5	Comisiones pagadas por constructora nacional a comisionista extranjera. Oficio N° 379 de 1° de febrero de 2000.	121
6.2.4.6	Comisión por contrato civil no está exenta de Impuesto Adicional. Oficio N° 844 de 27 de febrero de 2001	122
6.2.4.7	Comisiones por servicio de certificación. Oficio N° 2.620 de 2 de junio de 2003.	122

6.2.4.8	Comisión de un comisionista internacional. Oficio N° 4.654 de 24 de noviembre de 2005.	123
6.2.4.9	Comisiones en la operación internacional de tarjetas de crédito. Oficio N° 3.174 de 10 de julio de 2006.	123
6.2.4.10	Comisiones pagadas por el refinamiento de metal. Oficio N° 1.582 de 29 de julio de 2008.	124
6.2.5	Comisionista.	125
6.2.5.1	Comisionista y sus obligaciones de emitir documentos. Oficio N° 5.192 de 10 de octubre de 2003.	125
6.2.5.2	Comisión de la intermediación. Oficio N° 1.182 de 9 de marzo de 2004.	125
6.2.5.3	IVA en servicios de telefonía. Oficio N° 854 de 25 de abril de 2008.	126
6.2.5.4	Gastos de automotoras en vehículos de terceros para posterior venta. Oficio N° 1.825 de 27 de mayo de 2009.	127
6.2.6	Reembolso de gastos.	129
6.2.6.1	Los comisionistas profesionales cobran de dos formas: reembolso de gastos y comisión propiamente tal. Oficio N° 2.111 de 24 de junio de 2009.	130
6.2.6.2	Reembolso de gastos de la intermediación. Oficio N° 1.828 de 27 de mayo de 2009.	130
6.2.6.3	Comisiones del franchising. Oficio N° 203 de 17 de enero de 2001.	130

Resumen.

La Comisión puede entenderse como una remuneración y como un contrato. Este trabajo se concentrará en el contrato, el cual recoge la evolución de la definición del mismo, desde la posición subjetiva a la objetiva del derecho comercial. La codificación refleja este proceso.

En nuestro examen de derecho comparado, considerando el derecho occidental, la comisión es una especie de mandato comercial con variadas formas: entre comerciantes, con o sin representación, por actuaciones específicas o generales, etc. En Chile, el Código de Comercio, en su posición objetiva, establece que la esencia del contrato son la determinación y comercialidad del mandato.

En el derecho tributario, la actividad de los “comisionistas” ha sido gravada desde la primera Ley de Impuesto a la Renta, la N° 3.996 de 1924. Desde entonces, la jurisprudencia judicial y administrativa ha discutido sobre la “comisión” y los “comisionistas”, sobre la determinación de la noción de “comisionista”, para así precisar la categoría de impuesto que grava al contribuyente.

El término comisionista se usa desde la primera Ley de la Renta. El término “Comisión”, desde la dictación de la Ley de la Renta actual. En la Ley del IVA, los términos usados son “comisión” y “comisiones”. El centro de la discusión jurisprudencial es la definición de “comisión” o “comisionista”, existiendo dos posiciones: la definición según el sentido natural y obvio y la definición

Para definirlo según el sentido natural y obvio, se ha sostenido que la noción comercial no se aplica a materias tributarias; que la Ley de la Renta somete a la tercera categoría a las actividades civiles y al comisionista profesional cuando estamos en presencia de una “empresa”.

Sostenemos, por el contrario en nuestra tesis, que la definición legal del Código de Comercio debe aplicarse. El análisis gramatical, sistemático e histórico del contrato lleva a esa conclusión. La legislación tributaria debe estar en la misma línea que las normas civiles y comerciales, por lo cual el objeto de la comisión puede ser solamente negocios comerciales. Esto se logra con una interpretación integral de la institución, utilizando los métodos de interpretación legales, que permiten concluir que la Ley de la Renta, al gravar la comisión o al comisionista, se refiere a la comisión regulada por el Código de Comercio.

Introducción.

Comisión es un término que tiene principalmente dos significados: como remuneración y como un contrato. Este trabajo se concentrará en el contrato.

La comisión es un contrato que, en el derecho occidental comparte esencialmente las siguientes características: es una especie de mandato regulado por el derecho comercial.

La comercialidad del contrato ha sido objeto de evolución. Antes de la codificación y en los primeros Códigos de Comercio, es decir, en la etapa subjetiva del derecho comercial, uno de los requisitos de la esencia de la comisión es que una de las partes fuera comerciante.

Una vez que el derecho comercial pasa a su etapa objetiva, el derecho nacional despersonaliza el contrato, y establece que la esencia del contrato son la determinación y comercialidad del mandato.

Determinada la naturaleza jurídica de la comisión, en el derecho tributario, se observa que la Ley de la Renta grava la comisión. Sin embargo, al igual que muchos conceptos, esta no es definida en esta normativa.

Para determinar qué grava la Ley de la Renta al gravar la comisión, (y la Ley del IVA en las circunstancias que serán mencionadas), se estudiarán las fuentes del derecho disponibles: las leyes de la renta desde la primera de 1924 y su historia, la jurisprudencia judicial y administrativa, y se aplicarán los métodos de interpretación de la norma jurídica.

Capítulo I. Evolución del comercio y del derecho comercial.

1.1 Evolución del comercio.

El comercio ha evolucionado en cuatro etapas.¹ La primera se extiende desde la fundación de Roma hasta las cruzadas: un comercio intenso, permitido por la seguridad del dominio romano en Europa, que lentamente se abrió paso hacia África y Asia. Su contracción comenzó con las invasiones bárbaras, la caída del Imperio Romano de Occidente, y finalmente de Bizancio. El comercio se detuvo en la época feudal.

En la segunda, época de cruzadas, el comercio se reavivó, e importantes ciudades europeas controlaron el comercio mediante normas, costumbres y tribunales, hasta los descubrimientos de tierras.

En el tercer período es de los descubrimientos. El aumento del comercio fue acompañado por el monopolio y regulación estatal. Los privados reaccionan mediante la piratería y el contrabando.

En la cuarta etapa, desde la Revolución francesa hasta nuestros días, todo se mueve en torno al comercio, reconociéndose al capitalismo como motor de la humanidad.

1.2 Evolución del derecho comercial.

El derecho comercial tiene tres etapas de evolución.² En la primera, se ve confundido con el derecho común, el cual destina muy pocas normas al comercio.

En la segunda etapa, el derecho comercial se considera como un derecho de comerciantes, aplicado sólo a quienes tienen esa calidad, la cual estaba en manos de gremios y corporaciones. Este período recibe el nombre de subjetivo, y perdura hasta la Revolución francesa.

¹ SANDOVAL, RICARDO. Manual de Derecho Comercial, tomo I, primera edición. Editorial Jurídica, 1981, páginas 20-22.

² SANDOVAL, RICARDO. Ob. Cit, páginas 28-37.

La tercera fase, objetiva, destaca, frente a la etapa anterior, el espíritu de dos ideas: la libertad de comercio y la regulación de los actos mercantiles en sí mismos, con independencia de quien los ejecute.³

1.3 Historia de la comisión.

El Código de Comercio regula la comisión en el título IV del Libro II. La comisión es una especie de mandato comercial, el cual, a su vez, es una especie de mandato. La base de la regulación mercantil es el mandato civil.

La época de redacción del Código de Comercio de Chile corresponde al inicio de la época objetiva del derecho comercial. Los antecedentes jurídicos existentes a la fecha de su redacción son el Código de Savary (siglo XVII), las Ordenanzas de Bilbao (siglo XVIII), los Códigos de Comercio de Francia (1807), España (1829), y la doctrina representada por Delamarre et Le Poitvin y Troplong.⁴

La historia del contrato de comisión es necesaria para interpretar el Código de Comercio. Su regulación obedece a la decisión técnica-jurídica del legislador de definir la comisión de una forma, descartando otras, con elementos esenciales que deben ser comparados con los Códigos francés y español que inspiraron en parte la institución.

A continuación, se presenta un resumen de la historia de la comisión, la cual debe comenzar con el contrato de mandato. El Artículo 233 de nuestro Código indica que la comisión es una especie de mandato comercial. La interpretación sistémica del artículo nos lleva a la definición del Código Civil: la comisión es una especie de un contrato definido por la ley. Se impone la necesidad de estudiarlo.

1.4 El mandato.

El origen del mandato es debatido. Muchos autores ven sus inicios en el derecho romano, mientras otros niegan que los romanos hayan conocido este negocio,

³ AGUIRRE, CARLOS. Naturaleza jurídica de la Comisión mercantil. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, primera edición. Imprenta Reguía, 1940, página 32-33.

⁴ Estos autores son mencionados en las anotaciones al margen del proyecto de Código de Comercio de Gabriel Ocampo. Chile fue uno de los primeros países que siguió a los Códigos de Comercio mencionados, por lo cual es necesario analizarlos para ver de qué manera influyen en el nuestro.

ubicando sus primeros esbozos a fines de la Edad Media. Se analizará brevemente los inicios, desde Roma, hasta los Códigos del siglo XIX.

Los romanos no ejercían el comercio. Para Carlos Aguirre,⁵ éste era una actividad deshonrosa, practicada por los *gens*, personas que hacían negocios en lugar de aquéllos. El Digesto regula la acción *mandati* a favor de los terceros que contrataban con el dependiente, para poder exigir del dueño el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél. Sin embargo, el dueño no tenía acción contra el tercero.

Según Stitchkin, el mandato nace como un encargo de confianza.⁶ Una persona encomienda un negocio propio a otra, la cual compromete sólo su honor en ejecutarlo. Este cometido se rige por el derecho de gentes, y no genera derechos ni obligaciones.

El mandato evoluciona hacia un contrato. Posteriormente nace para el mandante la acción para exigir la rendición de cuentas y la de reembolso para el mandatario. Luego, la ejecución del mandato generaría derechos y obligaciones para las partes, y finalmente, de la sola convención nacía la obligación del mandatario de ejecutar el encargo.

Este contrato es regulado en tres aspectos esenciales: remuneración, representación y objeto, los cuales han sido debatidos desde el derecho romano hasta la codificación. Éstos serán revisados a continuación.

1.4.1 Remuneración.

La gratuidad era de la esencia. La razón de ésta es que el padre de familia tenía hijos y esclavos a quien encomendar sus negocios.⁷

1.4.2 Representación.

La representación es distinta al mandato. El derecho romano no permitía la primera, y el mandatario siempre actuaba a nombre propio. Las principales diferencias de ambas figuras son:

⁵ AGUIRRE, CARLOS. Ob. Cit, página 19.

⁶ STITCHKIN, DAVID. El mandato civil, 5ª edición. Editorial Jurídica, Santiago, 2008, página 9.

⁷ MUÑOZ, LUIS. Los contratos mercantiles en particular, v. 2. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, página 108.

a) El mandato es un acto jurídico bilateral. La representación es unilateral: ni siquiera requiere el consentimiento del poderdante.

b) El mandato genera derechos y obligaciones. La representación sólo faculta a una persona para actuar por otra.

c) El mandatario debe actuar a nombre propio si no tiene poder del mandante. El apoderado siempre actúa a nombre del representado.⁸

La distinción es relevante para las doctrinas que seguirán al derecho romano, en el cual el mandatario actuaba sin poder. En cambio, el Artículo 1984 del Código Civil francés⁹ exige que el mandatario represente al mandante, basado en un error histórico, ya que recién en la época de Justiniano aparece la representación en el derecho romano, sin relación con el mandato. De la misma manera, los Códigos Civiles de Uruguay (2051), Argentina (1871), Brasil (1288), Bolivia (1332) y Soviético (251).¹⁰

1.4.3 Objeto.

El objeto del mandato es tema de debate. Stitckin presenta las tesis en su libro *El Mandato Civil*.¹¹ A continuación resumiremos la discusión planteada.

Tesis de Planiol: sólo los actos jurídicos pueden ser objeto del contrato, ya que el mandatario tiene poder para obrar sólo jurídicamente en lugar del mandante. La representación recae únicamente sobre estos actos. Ésta, según Stitckin, no ha sido seguida, pues es inusual que el mandato recaiga sólo sobre actos jurídicos, descartando los actos materiales.

Tesis de Biliboni: en el otro extremo, permite que el mandatario realice cualquier tipo de acto para el mandante. En opinión de Stitckin esta amplitud es excesiva, ya que no lo distingue de un contrato de trabajo o un arrendamiento de servicios.

⁸ STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, página 30.

⁹ Artículo 1984 del Código Civil de Francia: El mandato o poder es un acto por el que una persona da a otra la facultad de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre.

¹⁰ STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, páginas 23-24.

¹¹ STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, páginas 36-38.

Código Civil chileno: el objeto del mandato puede ser “la gestión de uno o más negocios”.¹² Y luego enumera los posibles objetos que puede tener el mandato, como la conservación de un patrimonio, la administración de una industria, etc.¹³

Finalmente, debe ser destacada la importancia del Código Civil dentro de la comisión, ya que su exhaustiva regulación permite al autor concentrarse sólo en los aspectos especiales del contrato.¹⁴

1.5 La comisión propiamente tal.

1.5.1 Edad media.

Según Garrigués, la comisión existe desde el siglo XII. Emana del viejo contrato de *commenda*, en que un servidor del comerciante viaja por mandato de éste fuera de sus fronteras. Más tarde este servidor se estabiliza en el extranjero y se independiza.¹⁵

El comerciante, para competir, debía ir en busca de la demanda, para lo cual precisaba los servicios de un tercero, generalmente comerciante. El comisionista nace como una necesidad del comercio, que se hace mayor mientras más alejado esté el centro de negocios del establecimiento comercial del comitente. Esta distancia, sin embargo, nunca fue un requisito del contrato.¹⁶

Este comisionista (el alcance de este término será posteriormente precisado) trata a nombre propio, sin poder, pues es conocido (a diferencia del comitente), lo que hace innecesaria la representación, y mantiene el secreto de las operaciones del comitente, quien logra eludir prohibiciones e impuestos. El comerciante no debe pagar nada a este intermediario, sino solo reconocerle una comisión si realiza el negocio.¹⁷ Troplong ve esto en las ciudades medievales de los siglos XIII-XIV, y agrega que estos

¹² Artículo 2116. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

¹³ STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, páginas 44-46. Como ejemplos legales el autor menciona la ejecución de un negocio económico, un negocio jurídico, transacción, compraventa, etc.

¹⁴ Mensaje del Código de Comercio, sobre la comisión.

¹⁵ GARRIGUÉS, JOAQUÍN. Curso de Derecho mercantil, v. 4, séptima edición, Editorial Temis, Bogota, 1987, página 103.

¹⁶ AGUIRRE, CARLOS. Ob. Cit, página 16.

¹⁷ ZAVALA RODRIGUEZ, CARLOS JUAN. Código de Comercio y leyes complementarias. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, página 266, en comentario al Artículo 232 del Código de Comercio argentino.

intermediarios monopolizaron su actividad, prohibiendo a artesanos y agricultores vender sus productos fuera de la ciudad.¹⁸

1.5.2 Edad moderna.

Según Aguirre, la comisión nace recién en los siglos XVI-XVII.¹⁹ Troplong,²⁰ Delamarre et Le Poitvin,²¹ opinan que en el siglo XIX. Según Olavarría,²² en el siglo XV el comercio aún se ejerce por medio de factores fijos y ambulantes. Aguirre opina que el contrato necesitaba que el derecho comercial se independizara del civil para que el contrato naciera. Luis Muñoz²³ y Pardessus²⁴ tienen la opinión minoritaria de que era practicada en el comercio entre atenienses y egipcios. Sin embargo, es exagerado ver la comisión en esos negocios, ya que lo único hecho entre aquellos era obtener ventajas comerciales, sin indicios de que el intermediario fuese parte de un contrato de comisión.

En esta segunda época del derecho comercial (derecho de los comerciantes), se encuentran las primeras regulaciones de la comisión: Las Ordenanzas de 1673 o Código de Savary y Las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

Savary reconoce la dificultad de regular la comisión.²⁵ Ésta ya existía en el tráfico comercial, pero en Francia las ciudades eran independientes jurídicamente, por lo que el comercio iba desde la absoluta libertad de ejercicio hasta ciudades que lo prohibían,

¹⁸ TROPLONG, RAYMOND. Commentaire du Mandat, Meline. Cans et Compagnie. Bruselas, 1847, Prefacio, página vij.

¹⁹ AGUIRRE, CARLOS. Ob. Cit, página 28 y 29. El autor concluye, tras un análisis del derecho romano, antigua legislación francesa (Código de Savary) y española (Ordenanzas de Bilbao), que la comisión nació como institución del derecho recién en la época mencionada. "...podemos afirmar que la existencia del comisionista corresponde a la segunda fase de evolución histórica del Derecho comercial, fase que domina en casi todo el período de renacimiento del comercio. Es en las Ordenanzas de Bilbao donde encontramos una reglamentación más o menos sistemática de la comisión, teniendo presente que este Derecho se fundaba en el carácter de las personas y no en la naturaleza del acto mismo"

²⁰ TROPLONG, RAYMOND. Ob. Cit, Prefacio, v-vijj.

²¹ DELAMARRE ET LE POITVIN, Traité du contrat du commission, tomo segundo, N. Delamotte Ainé, Paris, 1861, Nº 18. Los autores ven indicios del contrato anteriores a la Revolución francesa. Sin embargo, es imposible hablar de un sólo concepto de comisión es aquel tiempo, pues había tantos como ciudades francesas,

²² OLAVARRIA, JULIO. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Talleres Gráficos Gutenberg, Santiago, 1936, página 47.

²³ MUÑOZ, LUIS. Ob. Cit, página 107.

²⁴ OLAVARRIA, JULIO, Ob. Cit, página 47.

²⁵ DELAMARRE ET LE POITVIN, Ob. Cit, página 51. El Código de Savary sólo hace una enumeración de los principios que guiaban la regulación de la comisión. La misma opinión sustenta AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, páginas 22 y 23.

en especial a los extranjeros. Por lo tanto, la ordenanza sólo reconoció la existencia e importancia de la comisión en el comercio, sin definirla o normar sus efectos.

En cambio, las Ordenanzas de Bilbao sí regulan aspectos de fondo. El capítulo Doze (sic), “de las comisiones entre mercaderes”, lo define como un contrato entre comerciantes. Regula los siguientes aspectos; el encargo puede ser comprar o vender mercaderías; la responsabilidad y remuneración del comisionista. Sin embargo, no se preocupa de su naturaleza jurídica, aunque inicia el camino sobre sus efectos.

Las Ordenanzas de Bilbao son el antecedente más importante del Código de Comercio Español. El Código de Savary es muy vago, y anterior a eso, hay sólo algunas menciones en el Derecho canónico.

1.5.3 La codificación.

Los primeros Códigos de Comercio son los de Francia (1807) y España (1829). Se caracterizan por tener un acento personalista en la regulación de sus instituciones, en contraste con muchas normas que regulan los contratos, tal como la comisión, de forma objetiva. La transición de la época subjetiva del derecho comercial a la objetiva se refleja en estos Códigos.

El análisis de éstos Códigos de la época moderna se realizará en el siguiente capítulo.

Capítulo II. La comisión en el derecho comparado.

El proceso de codificación del siglo XIX tiene como uno de sus primeros frutos los Códigos de Comercio de Francia y España. Éstos son importantísimos en la redacción de nuestro Código de Comercio, por las siguientes razones:

- a) La estructura básica de estos Códigos será imitada por el nuestro.
- b) La regulación de muchas de las instituciones (comerciante, libros, contabilidad, contratos, regulación marítima, quiebra) inspira mucho de nuestro Código.
- c) En los manuscritos de don Gabriel Ocampo hay muchas referencias a ellos.

2.1 La comisión en el derecho francés.

Es una fuente muy importante en esta materia, aunque de forma indirecta. Los autores más influyentes en la regulación de la comisión en nuestro país son Emmanuel Delamarre y Raymond Troplong, seguidos por el redactor de nuestro Código de Comercio, don Gabriel Ocampo.

Se analizará, a continuación, la comisión en el derecho francés, siguiendo el orden de Ripert, pues su doctrina subjetiva será comparada con la objetiva. Su estudio comienza definiendo al comisionista y continúa con los elementos de la esencia de la comisión.

2.1.1 Definición de comisionista.

El Artículo L-132-1 Código de Comercio francés establece que “El comisionista será aquel que actúe en su propio nombre o bajo un nombre social por cuenta de un comitente.”²⁶

Los derechos y deberes del comisionista que actúa en nombre de un comitente están especificados en el título XIII del libro III del Código Civil.”²⁷

²⁶ CODE DE COMMERCE, edición 2005, Dalloz, Paris, 2005. En las hojas preliminares de este Código se observa la Ordenanza N° 2000-912 de 2000. El Artículo 4° indica que el Código de Comercio francés vigente, dictado el año 2000, deroga al Código de Comercio en vigencia hasta ese momento. Los Artículos 94 y 95 del Código antiguo corresponden a los vigentes L-132-1 y L-132-2, idénticos a los originales. Se hace la salvedad de que, si bien los autores citados analizan la comisión con el Código antiguo, citaremos sólo el nuevo Código para simplificar la lectura.

²⁷ Los artículos del Código de Comercio francés son traducidos directamente por http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/textcom.htm#1TITULO%20II%20DE%20LOS%20C, consultado en julio de 2011.

Ripert define al comisionista “como un comerciante profesional que realiza operaciones comerciales por cuenta de otro, a nombre propio.”²⁸

Delamarre, en cambio, “como el contrato por el cual una de las partes da a otra el poder de hacer por sí una o muchas operaciones comerciales determinadas, a otro contratante que se encarga de sus tratativas y concluir las, sea a su propio nombre, de una sociedad, o del comitente, y rendir cuentas a éste.”²⁹

La diferencia de doctrinas es notoria. Ripert, a diferencia de Delamarre, Troplong, Lyon-Caen,³⁰ exige los siguientes requisitos al comisionista: que sea comerciante, profesional y que actúe a nombre propio. Se verá cada una de estas exigencias en el siguiente numeral.

2.1.2 Elementos de la esencia.³¹

- a) El comisionista es un comerciante profesional.
- b) Actúa por cuenta ajena.
- c) Realiza actuaciones comerciales.
- d) Actúa a nombre propio.

2.1.3 Análisis particular de las características.

2.1.3.1 a) El comisionista es un comerciante profesional.

Ripert se basa en tres disposiciones del Código. En primer lugar, el Artículo L 110-1 N° 5 reputa comercial toda empresa de comisión. En segundo lugar, los Artículos L-132-1

²⁸ RIPERT, GEORGE. *Traité élémentaire de Droit Commercial*, v. 2, décimo primera edición. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1988, N° 2632, página 590. A pie de página extrañamente aparece mencionado el trabajo de Delamarre et Le Poitvin, a pesar de que claramente en la definición del contrato los autores no están de acuerdo, como se verá.

²⁹ DELAMARRE ET LE POITVIN, *Ob. Cit*, Cap I, N° 20, página 58. Otra definición es dada por LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. *Traité de droit commercial*, tercer tomo, 5ª edición. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1923-1934, N° 418, página 421. “La comisión es un contrato por el cual un comerciante, llamado comisionista, se obliga, mediando una remuneración que otra persona, llamada comitente, se obliga a pagar, a hacer por cuenta de este comitente, sea en su nombre, sea a nombre del comitente, una o más operaciones determinadas de comercio”.

³⁰ Aguirre y Olavarría siguen la doctrina realista de estos últimos.

³¹ Según Ripert.

y L-132-2 establecen la comercialidad de la profesión. Por lo tanto, concluye que sólo es comisionista aquel que es un profesional.³²

Delamarre contradice estas afirmaciones. En primer lugar, porque los Artículos L 132-1 y L-132-2 no exigen que el comisionista sea comerciante. Cualquiera persona puede actuar como comisionista, si el negocio encomendado es de comercio. Además, el Artículo L 110-1 N° 5 indica que es comercial toda *empresa de comisión*, lo que dificulta sustentar que sea empresario aquel que por única vez lleve un negocio mercantil a cuenta de otro.³³

2.1.3.2 b) Actuación por cuenta ajena.

El comisionista representa intereses ajenos, pues es un intermediario entre dos negociantes. El negocio se radica finalmente en el patrimonio del comitente. Delamarre concuerda.

2.1.3.3 c) Realiza actuaciones comerciales.

Hay acuerdo en la doctrina ya presentada al respecto. La comisión es una especie de mandato comercial, en la cual, a pesar de la diferencia de definiciones, todos los autores coinciden en la exigencia de que el comisionista lleve a cabo un negocio comercial.³⁴

2.1.3.4 d) Actuación a nombre propio.

El comisionista obra sin representación. El Artículo L-132-1 define al comisionista como aquel que actúa a nombre de su comitente. Éste es un extraño en los negocios que el comisionista haga por su cuenta. Según el inciso 2º, si el mandatario representa al

³² RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 592 y PEDAMON, MICHEL, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce, 2ª edición, Dalloz, Paris, 2000, página 581, menciona las mismas características del comisionista: realiza operaciones de comercio, por cuenta ajena, a nombre propio. Sin embargo no exige la calidad de profesional como lo hace Ripert.

³³ DELAMARRE ET LE POITVIN, Ob. Cit, N° 29. Los autores explican el sentido del Artículo 632 antiguo. L-110- 1N° 5: éste se refiere en forma exclusiva a las empresas de comisión, a aquellos sujetos que hacen de la comisión una profesión, al ejercerla habitualmente. Por lo tanto, una persona que no sea comerciante profesional puede perfeccionar una comisión, ya que el Código francés no exige esa calidad a las partes.

³⁴ Véase las siguientes definiciones: DELAMARRE ET LE POITVIN, Ob. Cit, N° 20, página 58, TROPLONG, RAYMOND. Ob. Cit, página 40 N° 67; LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Ob. Cit, página 421 N° 418; AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, página 62; Artículo 235 Código de Comercio de Chile.

comitente, sus deberes y derechos se rigen por el Código Civil.³⁵ Esto tiene consecuencias directas en el efecto del contrato con terceros.

Esto también es discutido.³⁶ Se afirma que lo que el Código hace es establecer dos tipos de comisionistas: aquel que actúa a nombre propio y otro que lo hace a nombre del comitente, regulados por el primer y segundo inciso del Artículo L 132-1 respectivamente.³⁷ Aguirre indica que el comisionista que actúe con poder se rige por el Código Civil, ya que en el Código de Comercio se evitó repetir la regulación. No obstante, el mismo autor sostiene que, aún con esta forma de actuación, el mandatario sigue siendo comisionista.³⁸

2.1.4 Efectos del contrato entre las partes.

2.1.4.1 Obligaciones del comisionista.

Realizar la operación. Si el comitente entrega órdenes imperativas, puede alejarse de ellas, siempre que no se perjudique al comitente. De lo contrario, el comitente puede negarse a aceptar la operación. Los tribunales han cobrado al comisionista de la diferencia en cuanto se aparta de las instrucciones del comitente.

También está obligado a los actos accesorios para lograr su cometido, percibir el precio, pagar lo que compra, conservar y vigilar o consignar la mercadería. Además, debe rendir cuentas de su trabajo.

2.1.4.2 Obligaciones del comitente.

Debe dar al comisionista todos los medios para facilitar y realizar el negocio,³⁹ garantizándole contra todas las consecuencias que este pueda acarrearle, y por último, retribuir el servicio.

³⁵ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 592, N° 2635. Además, cita la siguiente sentencia: Corte casación 17 Diciembre 1945, S. 1946, I. 80.

³⁶ LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. *Traité de droit commercial*, tercer tomo, 5ª edición. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1923-1934, N° 414, página 414. Si acepta la tesis de Delamarre, no lo indica, pero lamentablemente los autores no explican porqué el comisionista puede actuar a nombre del comitente.

³⁷ DELAMARRE ET LE POITVIN, Ob. Cit, Cap I, N° 14 y 15.

³⁸ AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, página 74.

³⁹ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 233 N° 2656. Además incluye la siguiente cita: PALLARD, *Les Obligations du commettant*, en HAMEL, Página 126.

En la comisión de ventas, el comitente debe poner a disposición del comisionista las mercaderías, mediante el depósito o consignación. El comitente sigue siendo dueño de ellas, pudiendo reivindicarlas si están detalladas y reconocibles, lo que subsiste incluso en la quiebra del comisionista.

La remuneración se debe al comisionista desde que el encargo se ha cumplido, sin distinguir si se ha ejecutado o no el contrato objeto de la comisión. Si el comisionista opera como *ducroire*,⁴⁰ esta remuneración suele ser doble. Si la operación no llega a concretarse, se paga hasta la mitad de la remuneración al comisionista.

2.1.4.3 Efectos del contrato con terceros.

Si el comisionista actúa a nombre del comitente, el tercero tiene acción sólo contra éste y viceversa. Aquí simplemente se aplican las normas del Artículo L-132-2 y las normas civiles sobre el mandato.⁴¹ El comitente es un extraño, por lo que el tercero no puede actuar contra el comitente para reclamar el precio de la venta, salvo la acción indirecta.⁴²

En cambio, si el comisionista actúa a nombre propio,⁴³ él mismo es parte del contrato. Él es el acreedor y deudor en la relación jurídica con el tercero, quien exige el cumplimiento de la obligación al tercero, y tiene derecho a recibir el precio y exigir que se libere las mercaderías.⁴⁴ Además, tanto el comisionista como el tercero pueden compensar créditos anteriores entre sí.

⁴⁰ Comisionista *ducroire* es aquel que se hace responsable del cumplimiento de la obligación del tercero.

⁴¹ LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Ob. Cit, página 474 N° 478. Recordamos que al contrario de Ripert, Pédamon y Dalloz, Lyon-Caen admite que el comisionista actúe a nombre del comitente. Véase PEDAMON, MICHEL, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce, 2ª edición, Dalloz, Paris, 2000, página 581 y DALLOZ, NOUVEAU CODE DE COMMERCE, segundo tomo, Artículos 69 al 189. Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, 1938, página 125, comentario al Artículo 94, actual L-132-1.

⁴² En principio, el comisionista es parte del contrato, pero este puede ceder su acción al comitente.

⁴³ Según la nota anterior, esta es la única posibilidad de actuación.

⁴⁴ LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Ob. Cit, página 474 N° 478, cita una sentencia en la cual el tribunal niega al tercero vendedor actuar en contra del comitente. La sentencia es la del Tribunal de Comercio de Marsella, 3 de enero de 1871, journal de Marseille, 1871.1.55.

Otros Códigos también dan acción al tercero sólo contra el comisionista. El Código de Comercio de Holanda (Artículo 78), de Hungría (Artículo 368 inciso 2º), Portugal (Artículo 268).⁴⁵

El comitente y el tercero no tienen acción directa. El Código chileno no trata directamente el asunto, por lo que ha sido resuelto por la jurisprudencia, la cual se ha negado a otorgarles esta acción. Con ocasión de la cesación de pagos de una central de compra, el Tribunal de Comercio de París rechazó la acción directa interpuesta por el vendedor en contra de los adherentes comitentes para obtener el pago de las mercaderías, diciendo que “las ventas deben considerarse hechas entre la central que actúa como comisionista y los proveedores, ya que estos no tienen ningún lazo legal con los detallistas.”⁴⁶ De la misma forma los tribunales franceses niegan la acción a los comitentes.⁴⁷

Sin embargo, el comitente tiene una opción para actuar contra el tercero. La acción indirecta, ya explicada, permite al comitente reclamar el precio de la venta.

2.1.5 Pactos accesorios del contrato.

Éstos son la autocontratación, la cláusula *ducroire* y los derechos del comisionista.

2.1.5.1 La autocontratación.

Se trata de la posibilidad de que el comisionista adquiera para sí lo que el comitente le ordenó vender. El derecho francés permite autocontratar al comisionista, con dos límites. El primero es el perjuicio económico del comitente y sus instrucciones.⁴⁸ El comitente puede demandar la nulidad de la operación. Como se verá más adelante, los corredores de bolsa tienen la prohibición absoluta de autocontratar en las operaciones de bolsa.

⁴⁵ LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Ob. Cit, página 475 Nº 479.

⁴⁶ Paris, com, 25 sept. 1985, Cah, dr. Entr. 1986. 3, p. 8

⁴⁷ MESTRE, JACQUES ET PANCRAZI, MARIE-ÈVE. Droit commercial, Droit interne et aspects de Droit international, 27ª edición, LGDJ, Paris, 2006, citan las siguientes sentencias: Corte de Casación, 2º julio de 1871, DP 1871, I, 232; 14 junio 1892, DP 1893, I, 500.

⁴⁸ Las hipótesis del daño que se al comitente es que la orden tiene por causa la venta a un tercero con el fin de introducir un producto a un mercado, o que el precio al cual el comisionista adquiera las mercaderías sea más bajo que el de mercado.

2.1.5.2 La cláusula *ducroire*.

El comisionista, por regla general, no responde frente al comitente del incumplimiento de la obligación del tercero. Si tiene poder del comitente, éste es el acreedor del tercero, del cual el comisionista no es ni siquiera fiador. En cambio, si el comisionista contrata a nombre propio, él es parte del contrato con el tercero, contrato distinto al de comisión, del cual debe cumplir la obligación principal de desempeñar el encargo.

El *ducroire* es una convención accesoria a la comisión, mediante la cual el comisionista garantiza la operación hecha por él. Se ve mayormente en la comisión de venta, lo que significa que el comisionista pagará por sí mismo el precio de las mercaderías que el comitente le encarga vender.

Las ventajas del *ducroire* son varias. La primera y más importante es la garantía del cumplimiento del negocio, a la cual se suma la gran diligencia del comisionista que negociará por el mayor precio posible, con terceros realmente solventes, a fin de percibir una mayor remuneración, la cual consiste, generalmente, en un porcentaje de las ventas, la cual es el doble de la comisión regular.⁴⁹

La naturaleza del *ducroire* es discutida. Se asemeja al seguro, pues hay una cosa asegurada. Difiere, en todo caso, en que no exige la realización del riesgo,⁵⁰ y no debe ser escrita.⁵¹ Tampoco es fianza, pues el tercero no se obliga con el comitente.⁵² Ripert la define simplemente como una convención accesoria al contrato de comisión.

El efecto del *ducroire* es que el comisionista debe dar personalmente el beneficio que el comitente hubiera obtenido como resultado del negocio. Sin embargo, si la obligación del tercero se extingue (caso fortuito), lo mismo ocurre con la obligación del comisionista. La resolución permite que el *ducroire* sea parcial o total, y exige que la deuda del comisionista se actualice líquida y exigible. Los agentes de cambio y corredores de valores mobiliarios son *ducroire*.

⁴⁹ LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Ob. Cit, N° 449 y 469.

⁵⁰ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 597.

⁵¹ LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Ob. Cit, página 451 N° 452.

⁵² RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 597 y LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Ob. Cit, página 451 N° 452.

2.1.6 Comisiones especiales.

Si bien el Código de Comercio francés regula especialmente sólo la comisión de transporte, la doctrina francesa, en la cual el comisionista es un profesional, ha estudiado algunos tipos especializados de comisiones.

2.1.6.1 Comisión de venta.

Es la comisión más usada, y la tenida en mente por los redactores del Código.⁵³ Consiste en que el comitente envía sus mercaderías al comisionista, el cual las venderá por aquél. La mercadería que el comisionista no logre vender será devuelta al comitente.⁵⁴

Se usa en el negocio del cine, en el cual el distribuidor no cede el dominio de la película, sino que acuerda el derecho de explotación. El comisionista, llamado distribuidor de películas, ofrecerá a los cines este derecho, por el cual será pagado un precio, asimilado al precio de venta.⁵⁵

2.1.6.2 Comisión de compra.

Esta comisión en la actualidad tiene una aplicación especial. Ésta consiste en la reunión de varios comitentes (en una sociedad) que encargan a un solo comisionista, una central de compra, que adquiera a cuenta de ellos grandes cantidades de mercadería,⁵⁶ obteniendo ventajas frente a los vendedores.⁵⁷

2.1.6.3 Comisión de transporte.

El comitente encarga al comisionista que sus mercaderías se entreguen en otro lugar y/o a otra persona. El comisionista celebra el contrato en interés de su comitente, a nombre propio, debiendo asegurar el transporte. La ley lo ve como comisionista y

⁵³ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 602.

⁵⁴ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 602. Cita especialmente el ejemplo de las librerías, lo que denomina venta condicional.

⁵⁵ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 603. El autor cita a PERCEROU. Une nouvelle application du contrat de commission de vente: les entreprises de distribution de films, Extraído de Melanges Maurovic, 1943.

⁵⁶ PEDAMON, MICHEL, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce, 2ª edición, Dalloz, Paris, 2000, página 581. Pédamon plantea que esta fórmula debería atraer a más comerciantes minoristas a unirse a estas sociedades.

⁵⁷ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 603.

transportador: no debe realizar el transporte por sí mismo, pero responde de la ejecución.⁵⁸

2.1.6.4 Comisionistas oficiales.

Son los agentes de cambio y corredores de valores mobiliarios. A pesar de ser llamados corredores, se desempeñan como comisionistas de compra y venta.⁵⁹ Actúan como *ducroires*, y tienen prohibición de autocontratar.⁶⁰

2.1.6.5 Comisión de aduana.

El comisionista o *transitaire* es quien efectúa por cuenta del comitente y a nombre propio todas las formalidades de salida y entrada de las mercaderías y los trámites aduaneros. Para el Servicio de aduana solo existe el sujeto que hace la declaración.⁶¹ El comisionista es responsable de las operaciones de aduana que realiza.

2.2 **Código de comercio español.**

En 1885, mediante el Real Decreto de 22 de agosto se dictó un nuevo Código de Comercio, que deroga al promulgado por Fernando VII el 30 de mayo de 1829. Ambos regulan de la misma forma la comisión. Como vimos, es indudable que el Gabriel Ocampo tuvo en cuenta este Código a la hora de redactar el Código de Comercio chileno.

El nuevo Código de Comercio está en transición desde la etapa subjetiva a la objetiva del derecho comercial. El mensaje expresa esto: la necesidad de regular objetivamente la naturaleza jurídica de las instituciones, en contraste con la subjetividad de muchas disposiciones, aplicables sólo a los comerciantes. El Código desea dejar atrás la

⁵⁸ RIPERT, GEORGE. *Traité élémentaire de Droit Commercial*, v. 2, sexta edición. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1988, página 238 N° 2669. Cita a JOSSERAND, *Traité des transports*, 2ª ed. 1926, N° 734, Bailly, *La commission de transports*, en HAMEL, página 285).

⁵⁹ RIPERT, GEORGE. *Traité élémentaire de Droit Commercial*, v. 2, sexta edición. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1988, página 237 N° 2668. Ripert señala en París también existen factores, que al igual que los corredores, actúan como comisionistas. Cita a los autores VASSEUR Y DE LÉAUTÉ, *La commission sur valeur mobilières*, en HAMEL, Página 173.

⁶⁰ PEDAMON, MICHEL. Ob. Cit, página 582.

⁶¹ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 607. También cita a otro autor: Fisco, *De la commission en douane*, tesis, Paris, 1946. La comisión de aduana fue regulada por primera vez en 1935, por el Decreto Ley de octubre del mismo año. En 1948 se dictó el Código de aduanas, modificado en 1958 y 1986.

exigencia de la calidad de comerciante como elemento de la esencia para algunos contratos.

2.2.1 Definición de comisionista.

“Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.” (Artículo 224). Se ve claramente el carácter subjetivo de la comisión. A mayor abundamiento, el Título III, libro II, sección primera, “*de los comisionistas*”, indica que se regulará la institución de algunas personas.

Las críticas de Aguirre son las siguientes:

1. La definición no es completa ni científica, pues enumera los requisitos de la comercialidad del contrato, sin llegar a definir al contrato mismo. Es un error similar al cometido por el Código francés.

2. La exigencia de que una parte sea comerciante es un vestigio de la etapa subjetiva del derecho comercial. Pero aún así, las Ordenanzas de Bilbao no exigían esto, sino solo describían que la operación ocurría entre dos comerciantes. Un error que puede entenderse en el Código de 1829, pero que debió ser remediado en el Código de 1886. Por lo tanto, la exigencia de comercialidad de las partes se justifica sólo por una mala interpretación de las Ordenanzas.⁶²

Esto crea otro problema de interpretación: si las partes no son comerciantes. ¿Es mandato civil, aún cuando el acto sea mercantil?

Uría define la comisión como un contrato convenido entre dos comerciantes, o entre un comerciante y otra persona, por el cual una de las partes (comisionista) se obliga a realizar, por encargo y obra de la otra (comitente), una o varias operaciones mercantiles. Uría admite la amplitud de la definición, pero es lo que expresa la ley.⁶³

⁶² AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, páginas 41-43.

⁶³ URÍA, RODRIGO. Derecho mercantil, vigésimo séptima edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, Barcelona, 2000, página 720. La razón de la amplitud se debe a la posibilidad legal de que una de las partes no sea comerciante.

Es una especie de mandato mercantil, que tiene dos requisitos: a) que el mandato tenga por objeto un acto u operación mercantil y b) que el comisionista o comitente sean comerciantes o agentes mediadores de comercio. Para Garrigués, la comisión es un mandato, tal como lo dice el Artículo 244 del Código de Comercio español.⁶⁴

2.2.2 Elementos de la esencia.

Los elementos, que además distinguen la comisión del mandato civil, son: a) el objeto debe ser un acto mercantil, b) una de las partes debe ser comerciante y c) la comisión es naturalmente onerosa.

Hay tres criterios que distinguen la comisión de los contratos afines, tales como la agencia, o la correduría:

1. El resultado con que se consuma el contrato. En la comisión, es la estipulación del negocio entre las partes. En la agencia, la estipulación del negocio y el cumplimiento del tercero. El corredor se limita a acercar a las partes.

2. La duración del contrato. La comisión y el corretaje son de ejecución instantánea, libremente revocables, mientras que la agencia es duradera, y por regla general no cabe la renuncia unilateral.

3. La representación. En la comisión, está siempre presente, directa o indirectamente. En la agencia, directamente, y en el corretaje, no existe.

El comisionista puede actuar a nombre propio o a nombre del comitente (Artículo 245). En el primer caso, de representación indirecta, el tercero no tiene acción contra el comitente y viceversa. Al actuar como apoderado, los efectos del contrato se radican en el tercero y en el comitente.

2.2.3 Efectos del contrato.

2.2.3.1 Efectos del contrato entre las partes.

En este aspecto la regulación española es muy similar a la francesa, por lo que sólo mencionaremos las principales obligaciones de las partes.

⁶⁴ GARRIGUÉS, JOAQUÍN. Ob. Cit, página 104.

1. El comisionista se obliga a cumplir la comisión aceptada (Artículo 1718 Código Civil), informar al comitente (Artículo 260) y rendir cuentas (Artículo 263).

2. El comitente está obligado a proveer de fondos (Artículo 250), remunerar al comisionista (Artículo 277), indemnizar los perjuicios (Artículo 278) y asumir los efectos del contrato (Artículo 253).

2.2.3.2 Efectos del contrato entre terceros.

Si el comisionista contrata a nombre del comitente, este se hace dueño de la mercadería. La distinción entre los efectos del contrato y la transferencia de la propiedad y la posibilidad de la separación de bienes del comitente en la quiebra del comisionista (Artículo 909 N° 4), hacen posible la construcción de la ficción del *constituto posesorio*, según el cual, el comitente se hace dueño de las mercaderías compradas por su cuenta de parte del comisionista.

2.2.4 Pactos accesorios de la comisión.

2.2.4.1 Autocontratación.

El comisionista puede comprar o vender para sí, solo si el comitente autoriza previamente o ratifica con posterioridad el negocio. La autocontratación permite aún que el comisionista cobre su remuneración.

El Artículo 267 prohíbe de forma expresa comprar y vender para sí, a pesar de que el Artículo 267 no señala la sanción por infringir la prohibición. Uría explica que el infringir esta norma permite al comitente reclamar una indemnización por los perjuicios. Para discusión queda la extensión de esta prohibición a otros comisionistas. Uría opina que, como regla prohibitiva, no debe extenderse a casos no previstos.⁶⁵

2.2.4.2 La cláusula de garantía.

El comisionista puede obligarse a responder del incumplimiento del tercero. Por una remuneración más alta, este se arriesga al éxito del negocio, pagando él mismo al

⁶⁵ URÍA, RODRIGO. Ob. Cit, página 724.

comitente. Por lo general es un pacto expreso, puede entenderse convenida según los usos.⁶⁶

2.2.5 Comisiones especiales.

2.2.5.1 Comisión de transporte.

Es la única regulada por el Código: si el comisionista contrata a nombre propio, adquiere todas las obligaciones del contrato de transporte que se imponen a los cargadores en las conducciones marítimas y terrestres.⁶⁷ El comisionista responde de los perjuicios si el comitente exigió al comisionista asegurar la carga y no lo hizo, a menos que no le haya dado fondos para ello.⁶⁸

2.2.5.2 Otros contratos de intermediación.

A continuación del contrato de comisión, Uría cita algunos contratos de distribución: agencia, concesión distribución selectiva, franquicia, y otros de colaboración: corretaje, publicidad, *engineering* o de transferencia tecnológica, leasing y factoring. Las empresas de factoring al cobrar créditos por cuenta del cliente al que financian, los consignatarios de buques y los comisionistas transitorios.⁶⁹

2.3 **La comisión en el derecho argentino.**

Se estudia la comisión en el derecho argentino para comparar la regulación de un país vecino, que tuvo también como antecedentes los Códigos recién estudiados.

2.3.1 Definición de comisión.

⁶⁶ URÍA, RODRIGO. Ob. Cit, página 725.

⁶⁷ GAY DE MONTELLA, R. Código de Comercio español Comentado, tomo III, segunda edición. Barcelona, 1948. Hay dos distinciones: cuando el contrato de transporte es el objeto principal de la comisión o es accesorio a una compraventa, por ejemplo. En el primer caso, el de las agencias de transporte, el comisionista se hace garante del cumplimiento de la obligación del porteador, subrogándolo en sus obligaciones y derechos, es decir, asume "las obligaciones que las leyes y los contratos de transporte imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas". Si la comisión es un contrato accesorio, se obliga solamente a contratar el transporte, además del seguro que el comitente le pueda exigir. De no hacerlo, se responsabiliza por todos los perjuicios.

⁶⁷ URÍA, RODRIGO. Ob. Cit, páginas 728-729.

⁶⁸ ECHEVARRI Y VIVANCO, JOSE MARIA. Comentarios al Código de Comercio. Tomo tercero, segunda edición, Imprenta y Librería de Andrés Martín, Valladolid, 1925, páginas 116-117.

⁶⁹ URÍA, RODRIGO. Ob. Cit, páginas 729-751.

El Código de Comercio de Argentina, sancionado en 1859, para legislar en el entonces Estado de Buenos Aires, separado de la Confederación Argentina. Ante la falta de una legislación nacional, algunas provincias adoptaron el código de Buenos Aires, mientras que otras se rigieron por el español de 1829. Luego, al unirse la República Argentina en 1962, rigió en todo el país. Finalmente, desde el 1° de Mayo de 1890, se hace una gran reforma, necesaria para adecuar el Código al recientemente dictado Código Civil (ley N° 2637 de 9 de octubre de 1989)⁷⁰

El Código Argentino, a diferencia del francés y español, define el contrato, no al comisionista. Esto muestra la evolución del derecho comercial desde la etapa subjetiva a la objetiva.

La comisión o consignación es una especie de mandato comercial en la cual quien actúa por cuenta ajena lo hace con relación a uno o varios negocios determinados y obrando, ante los terceros con quienes contrata, a nombre propio⁷¹ (Artículos 221 y 222).

Rivarola afirma que el Código de comercio argentino no la define.⁷² Sólo señala sus características: que se actúe por cuenta ajena, se trate de actos de comercio determinados, y se actúe a nombre propio.

Muñoz⁷³ afirma que según la doctrina argentina en la comisión no hay representación: no hay relación entre el tercero y el comitente. El comisionista se obliga directamente, el comitente carece de acción contra el tercero (salvo cesión o subrogación), y viceversa.

Se ha discutido en Argentina si existe comisión cuando una empresa de comisiones recibe un encargo civil. Carlos Malagarriga niega que se configure el contrato de

⁷⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Comercio_de_la_Rep%C3%ABlica_Argentina

⁷¹ MALAGARRIGA, CARLOS. Tratado elemental de Derecho comercial, v. 2, segunda edición. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, página 75.

⁷² RIVAROLA, MARIO A. Tratado de derecho mercantil argentino, tomo III. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

⁷³ MUÑOZ, LUIS, Ob. Cit, página 107.

comisión, ya que el negocio encomendado no tiene la naturaleza comercial exigida por la ley. Tal mandato es civil.⁷⁴

2.3.2 Efectos del contrato.

Las obligaciones del comisionista son cumplir el encargo, informar al comitente del desarrollo de la negociación y estado de las mercaderías, indemnizar los perjuicios por la inexecución total o parcial del encargo y responder de la buena conservación de los efectos.⁷⁵

Obligaciones del comitente: anticipar los gastos necesarios si el comisionista se lo pide, reembolsar los gastos y anticipos, indemnizar los perjuicios provocados por vicios de la mercadería, y el más importante, pagar la comisión por el trabajo.

2.3.3 Pactos accesorios de la comisión.

2.3.3.1 Cláusula de garantía.

La regla general es que el comisionista no responde de los riesgos de la operación. Sin embargo, el Artículo 256 indica que al recibir una comisión adicional a la ordinaria, una de garantía, responde de los riesgos de cobranza, obligándose frente al comitente como si fuera el tercero. Malagarriga⁷⁶ y Rivarola⁷⁷ indican que la naturaleza jurídica de esta cláusula es sui generis.

2.3.4 Comisiones especiales.

Los “corredores de bolsa” son comisionistas. Malagarriga destina un acápite para demostrarlo.⁷⁸ En primer lugar, actúan a nombre propio, por cuenta ajena y realizan operaciones mercantiles determinadas. En segundo lugar, explica que el error de llamarles “corredores” cuando en realidad son comisionistas, proviene de las

⁷⁴ MALAGARRIGA, CARLOS, Ob. Cit, página 78.

⁷⁵ El comisionista tiene prohibiciones como alterar las mercaderías, apropiarse de las ventajas, autocontratar, confundir especies de varios comitentes, distraer fondos del comitente, negociar a precios fuera de los corrientes, hacer préstamos o ventas al fiado, dar plazos mayores a los corrientes, bajo pena de que el comitente exija los beneficios al contado (Artículos 247 y 277).

⁷⁶ MALAGARRIGA, CARLOS, Ob. Cit, página 78.

⁷⁷ RIVAROLA, MARIO A. Ob. Cit, página 514. En el pacto de *ducroire* o *credere* no se reconoce una fianza, venta, seguro, ni estímulo ni incentivo.

⁷⁸ MALAGARRIGA, CARLOS, Ob. Cit, Capítulo tercero, La Comisión, N° 14.

Ordenanzas de Bilbao, en que no se distinguía claramente. En Argentina, en 1821, la ley sobre corredores tampoco distinguía entre estos sujetos. Además, son los corredores quienes incentivaron la creación de la Bolsa de Comercio en 1954, manteniendo el nombre en el reglamento de 1858.

2.4 Sistemas de comisión en el derecho comparado.

Riviere analiza dos sistemas que discuten sobre los elementos de la esencia de la comisión.⁷⁹

i) Código de comercio francés. El Artículo 94, actual L-132 exige al comisionista dos cosas: ser comerciante y actuar a nombre propio, sin obligar al mandante. España utiliza el mismo sistema. Sin embargo, al estudiar la comisión en el derecho francés se observa que no es opinión unánime la exigencia de que el comisionista sea comerciante.

ii) Código de Comercio chileno. El elemento de la esencia es la naturaleza del encargo, no la forma en que el comisionista actúe. Esta es la diferencia entre el comisionista y otros mandatarios. Esto trae consecuencias importantes para las partes, pues hay diferencias radicales en los derechos concedidos al mandatario, y en su remuneración.⁸⁰

Gella clasifica en sectores las tendencias de los Códigos modernos⁸¹:

a) La comisión es el ejercicio de actos de comercio, por cuenta ajena, a nombre propio. Códigos italiano antiguo,⁸² portugués⁸³ y argentino.⁸⁴

⁷⁹ OCAMPO, GABRIEL. Proyecto del Código de Comercio, Cuaderno VII, del Mandato Comercial. notas al margen del Artículo 234. En el proyecto del Código, hay una lista de diferencias entre estos mandatarios, cita a RIVIERE, GEORGE. Página 219.

⁸⁰ TROPLONG, RAYMOND, Ob. Cit, n° 229-230.

⁸¹ VICENTE Y GELLA, AGUSTIN. Curso de derecho mercantil comparado, tomo segundo, La Académica, Zaragoza, 1945, página 46-48.

⁸² Artículo 380.

⁸³ Artículo 266.

⁸⁴ Artículo 222.

b) La comisión es la realización de operaciones comerciales por cuenta de otro, a nombre propio del comisionista o a nombre del comitente. Es el sistema de los Códigos de Colombia⁸⁵ y Perú⁸⁶.

c) El comisionista compra y vende a cuenta ajena, en nombre propio, mercaderías o títulos de crédito. Códigos alemán⁸⁷ y suizo.⁸⁸

d) La comisión es un mandato comercial en que el encargo son operaciones comerciales individualmente determinadas. Sistema escogido por Chile. Es el sistema más anticientífico de todos.⁸⁹

e) La comisión es un mandato en que el objeto es una operación mercantil. Una de las partes debe ser comerciante. Código español ya analizado.⁹⁰

⁸⁵ Artículo 79.

⁸⁶ Artículo 51.

⁸⁷ Artículo 383.

⁸⁸ Artículo 425.

⁸⁹ El autor comenta que el sistema chileno es peculiar al poner el acento en la individualidad de las operaciones, dando un carácter esporádico frente al mandato general. Sin embargo, no fundamenta porqué el sistema sería anticientífico.

⁹⁰ La conclusión es la siguiente: el mejor sistema es aquel que exige la representación, pues la comisión se diferencia de otros mandatos precisamente en que el mandatario presta su crédito y responsabilidad a la operación en que interviene. Por lo tanto, la actuación a nombre propio y a cuenta ajena son los dos elementos que componen la comisión. Por la intervención del comisionista, las partes quedan como extrañas entre sí en la operación celebrada, por lo que poco importa uno de ellos sea comerciante.

Capítulo III. La comisión en el Derecho Comercial Chileno.⁹¹

3.1 Nociones previas.

La doctrina del Código de Comercio es real y objetiva.⁹² El título preliminar indica, en primer lugar, que este Código regula las obligaciones que resulten de contratos exclusivamente comerciales (Artículo 1º), y en segundo lugar, enumera los actos de comercio (Artículo 3º).

La comisión es un acto de comercio.⁹³ El Artículo 3º N° 4, de forma objetiva, indica que el contrato es un acto de comercio, no las partes del mismo.⁹⁴ Es decir, la naturaleza jurídica de la comisión es mercantil, independiente de los contratantes, que pueden ser no comerciantes.

El mandato comercial está regulado en el libro II, título VI del Código de Comercio. El Artículo 233 lo define; el Artículo 234 regula tres tipos de éste y el Artículo 235 define comisión.⁹⁵

Troplong lo define como un contrato consensual, sinalagmático imperfecto, por el cual una persona, llamada mandataria o procurador se obliga gratuitamente o por honorarios a gestar y llevar a fin, por otro, el negocio lícito que fue confiado a su buena fe y prudencia.⁹⁶

⁹¹ El análisis de esta sección será hecho a partir del Código de Comercio, los manuscritos de su autor, don Gabriel Ocampo, y los siguientes autores chilenos: Carlos Aguirre, Gabriel Palma, Julio Olavarría y Agustín Vicente y Gella.

⁹² AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, página 60.

⁹³ El numeral 4º comete un error al decir que éstos son sinónimos. Su relación es de género a especie, tal como lo señala el Artículo 234: la comisión es una especie de mandato comercial.

⁹⁴ Artículo 3º Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

4º La comisión o mandato comercial.

⁹⁵ Artículo 233. El mandato comercial es un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño.

Artículo 234. Hay tres especies de mandato comercial: La comisión, El mandato de los factores y mancebos o dependientes de comercio, La correduría, de que se ha tratado ya en el Título III del Libro I.

Artículo 235. El mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas.

⁹⁶ TROPLONG, RAYMOND. Commentaire du Mandat, Meline, Cans et Compagnie. Bruselas, 1847, página 20, cap. I N° 5.

El mandato comercial es el encargo de un negocio comercial que una persona hace a otra. Según el Artículo 233, su naturaleza jurídica depende de la naturaleza del negocio encomendado de la calidad de las partes, al contrario de los Códigos de Francia,⁹⁷ España o Alemania, en que depende de la forma de actuación o salario. Esta doctrina pertenece a Delamarre et Le Poitvin⁹⁸ y Troplong.⁹⁹ El Código de Comercio chileno completa la evolución del derecho comercial en este contrato.

El Artículo 234 indica que “hay tres especies de mandato comercial”: la comisión, los factores y la correduría. De la comisión nos ocuparemos más adelante. El factor es un mandatario con un poder amplio, a quien se encarga el manejo de un negocio o un área de él. El corredor es sólo un intermediario que acerca a las partes, sin asegurar el resultado del negocio. Nuevamente Ocampo se basa en Delamarre et Le Poitvin, quienes además afirman que todo mandato pertenece a uno de estos tipos.¹⁰⁰

3.2 Definición.

El Artículo 235 establece que “el mandato toma el nombre de comisión cuando versa sobre operaciones mercantiles individualmente determinadas”.¹⁰¹ Esto demuestra que en esta materia el Código chileno innova respecto al francés y español, aún inmersos en el derecho comercial subjetivo. El Código define la naturaleza jurídica de los actos más allá de los individuos que los realicen.

En este sentido, las “comisiones” cobradas por un banco por gastos operacionales de este tipo de servicios no constituyen la comisión del Código de Comercio, sino otro tipo de remuneración, aquella regulada por la Ley de Bancos.¹⁰² Este fallo analiza uno de

⁹⁷ RIPERT, GEORGE. Ob. Cit, página 592. Como ya vimos en la primera parte, según Ripert la actuación del comisionista a nombre del comitente es un elemento de la esencia del contrato.

⁹⁸ DELAMARRE ET LE POITVIN, Ob. Cit, cap. I, el cual fundamenta la definición del N° 20. Ocampo, en su manuscrito glosa a estos autores como fuente la definición de nuestro Código.

⁹⁹ TROPLONG, RAYMOND. Ob. Cit. Cap I N° 58-67, Pp. 38-40. Para Troplong el comisionista es el verdadero tipo de mandatario comercial, pues lo usual es que el factor sea empleado de su “mandante”. Sobre los elementos de la esencia del contrato, deja clara su posición sobre la determinación del encargo. Si bien no trata la mercantilidad, la referencia en el texto a MM. Delamarre et Le Poitvin indica claramente que también exige que el negocio encomendado debe ser mercantil.

¹⁰⁰ DELAMARRE ET LE POITVIN, Ob. Cit, Cap I, N° 7, página 32.

¹⁰¹ DELAMARRE ET LE POITVIN, Ob. Cit, Cap I, N° 32, página 53.

¹⁰² 23 julio 1965, Banco Español-Chile con Impuestos Internos. Conforme a la definición del Artículo 62 DFL N° 252 de 1960, Ley General de Bancos o las que le permita el Artículo 83 de su ley reglamentaria.

los muchos usos que las leyes otorgan al vocablo comisión: una forma de remuneración, la cual no debe ser confundida con el contrato de estudio de esta tesis.

3.3 Elementos de la esencia.

El artículo 1444 del Código Civil define elemento de la esencia como: “aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente...” Por lo tanto, siguiendo la definición real y objetiva del Código, debe definirse los elementos de un mandato comercial, para que su naturaleza jurídica sea comisión.¹⁰³

Los elementos de la esencia de la comisión recaen sobre el encargo del mandante. El Artículo 235 exige que el encargo sea una a) una operación mercantil y b) determinada.¹⁰⁴

3.3.1 Mercantilidad del encargo.

El encargo debe constar en una operación mercantil. Este es un requisito común a los Códigos de Comercio de Francia y España. Nuestro Código sigue esta doctrina.

En primer lugar, la literalidad del Artículo 235 es clara: “...operaciones mercantiles...”

En segundo lugar, los actos de comercio son enumerados en el Código de Comercio, en el título preliminar. Ocampo opina que “todos los actos de comercio pueden ser ejecutados por el intermedio de un comisionista.”¹⁰⁵

En tercer lugar, en el proyecto del Código, el autor nombra como fuente la ya analizada definición de Delamarre.¹⁰⁶ A partir de esta definición el autor indica enfáticamente que lo que distingue la comisión del mandato ordinario no es la calidad de quien la confiere, el lugar en que se otorgue, el nombre bajo el cual se ejecute, sino por una parte, el carácter comercial del negocio encomendado, porque en esto consiste el mandato comercial.

¹⁰³ La determinación de los elementos de la esencia de la comisión es importante para distinguirla de los otros tipos de mandatos mercantiles, la correduría y la factoría e incluso, como recién se vio, de algunos tipos de remuneraciones.

¹⁰⁴ Artículo 235. El mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas.

¹⁰⁵ OCAMPO, GABRIEL. Proyecto del Código de Comercio, Primer borrador, página 71v.

¹⁰⁶ OCAMPO, GABRIEL. Proyecto del Código de Comercio, Cuaderno VII, del Mandato Comercial. notas al Artículo 235, página 29-31. La definición citada es la DELAMARRE, Ob. Cit, N° 20, página 58. Don Gabriel Ocampo siempre estuvo muy seguro de esto, pues este artículo es exactamente igual al Artículo 346 del Proyecto.

La mercantilidad del encargo es un requisito de los Códigos de España¹⁰⁷, los Códigos latinos que los siguen,¹⁰⁸ Alemania, Francia.¹⁰⁹ Todos estos exigen que el encargo objeto de la comisión sea un negocio comercial.

De la misma manera, la Corte Suprema¹¹⁰ determina que la intermediación y contacto de empresas extranjeras con firmas nacionales es un acto de comercio, por los cuales el proveedor extranjero le paga una remuneración. Por lo tanto, el mandatario es un comisionista.¹¹¹

3.3.2 Determinación del encargo.

El tenor literal del Artículo 235 exige que la comisión recaiga sobre “operaciones individualmente determinadas”. La especialidad del encargo distingue al comisionista del factor. El mandato del comisionista es determinado, restringido a una sola operación, mientras el factor representa a su mandante en la generalidad de su negocio.¹¹²

Este requisito se ejemplifica con el fallo de la Corte, la cual determinó que el contrato mediante el cual una parte encarga la compra de dos artículos específicos, como lo son dos chasis MB, con un gran nivel de detalle, es una comisión para comprar.¹¹³

¹⁰⁷ Artículo 244 Código de Comercio España: Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

¹⁰⁸ Código de Comercio Argentina: Artículo 221. El mandato comercial, en general, es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda.

El mandato comercial no se presume gratuito.

Artículo 222. Se llama especialmente mandato, cuando el que administra el negocio obra en nombre de la persona que se lo ha encomendado.

Se llama comisión o consignación, cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados obra a nombre propio o bajo la razón social que representa.

¹⁰⁹ Artículo Código de Comercio Francia de 1808, Artículo 94, y nuevo Código de Comercio Francia, Artículo L-132-1.

¹¹⁰ En adelante La Corte.

¹¹¹ Gaceta Jurídica (en adelante GJ) N° 58 página 178. Rol N° 17.150.

¹¹² OCAMPO, GABRIEL. Proyecto del Código de Comercio, Cuaderno VII, del Mandato Comercial. notas al margen del Artículo 234. En el proyecto del Código, hay una lista de diferencias entre estos mandatarios.

¹¹³ Casación en el fondo. Sociedad Antonio Yeza y Compañía Limitada con Nortina S.A. Rol N° 16.634-93 de 27 de octubre de 1993. RDJ, XC, Sección segunda primera parte 117, y GJ, N° 161 Página 49. Hechos de la causa: a) Entre las partes se celebró una operación en virtud de la cual la primera encarga a la segunda la compra de dos chasis Mercedes Benz. b) Dicho pedido fue firmado por ambas partes. La primera en calidad de compradora, y la segunda se obligó a entregar la mercadería. c) Nortina, la demandada no representa al vendedor. d) Nortina asesoró al comprador en los trámites de importación hechos a través del Banco del Estado. e) Nortina olvidó solicitar algunas partes

3.3.3 Diferencia con otros contratos.

a) Factor de comercio:¹¹⁴

1. El factor comercia a nombre de su principal. El comisionista lo hace regularmente a nombre propio.
2. El factor está autorizado para efectuar todas las operaciones convenientes al establecimiento que dirige. El comisionista necesita un encargo especial para cada negocio. Esta es la diferencia esencial entre ambos contratos. La especialidad del mandato, exigida por la comisión, no por la factoría.
3. El factor es autorizado por medio de escritura pública. El comisionista, por regla general no actúa con poder, y cuando lo hace, su poder se otorga de palabra.
4. El factor no necesita capacidad legal para obligarse. El comisionista, al actuar a nombre propio, necesita capacidad para comerciar.

En la historia de la ley se observa que, junto con la mercantilidad del encargo, la determinación de éste es lo que hace que un mandato comercial sea comisión. Por lo tanto, el mandato consistente en administrar una rama completa de un negocio, no es comisión, sino mandato de factor.

b) Contrato de trabajo: El contrato de trabajo es la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación y mediante el pago de una remuneración determinada.¹¹⁵ Se asemeja a la comisión en el aspecto de la subordinación, pero en distintos grados: en el primero, hay exigencias sobre la forma en que debe desempeñarse, junto con una vigilancia permanente. En el segundo, basta con el cumplimiento de las órdenes. En el primero, el trabajador está a disposición del empleador en la jornada de trabajo. En la comisión no existe jornada de trabajo.¹¹⁶

esenciales para la compradora. f) Nortina recibió una comisión de parte de la vendedora, por lo cual se infiere que se le proveyó de fondos. g) La compradora pagó al comprador. h) La compradora no recibió la mercadería, por haber faltado estas partes esenciales.

¹¹⁴ OCAMPO, GABRIEL. Proyecto del Código de Comercio, Primer borrador, página 71v.

¹¹⁵ Artículo 7° del Código del Trabajo.

¹¹⁶ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 14 de abril de 1993, Rol 669 de 1993. Encontrado en la base de datos de Legal Publishing/ Alebedo Perrot con el N° 28850.

En contra del requisito de determinación del Código, Vicente Gella opina que esta es anticientífica, prefiriendo el sistema alemán.¹¹⁷

3.4 Perfeccionamiento del contrato.

La comisión es consensual, pues se perfecciona con el sólo consentimiento de las partes. La ley regula formas especiales de formación de este contrato, atendiendo al funcionamiento del comercio, en especial su velocidad e informalidad.

La comisión puede formarse de tres formas: a) aceptación expresa, b) aceptación tácita y c) con el silencio del comisionista. La doctrina comercial, basada en la supletoriedad del Código Civil, se apoya esencialmente en normas del mandato civil, el cual, según Olavarría, regula estas tres situaciones.

a) La aceptación expresa. Ésta funciona según las reglas generales: la ley no establece formalidad esencial para su perfección, sino más bien incentiva la informalidad.

b) La aceptación tácita. El Artículo 245 del Código de Comercio la contempla: “aceptada expresa o tácitamente la comisión”. Según el Artículo 2124 del Código Civil, la aceptación tácita es “todo acto en ejecución del mandato”, como serían las tratativas para realizar el negocio, la publicidad de las mercancías, hacerse cargo de la consignación, etc.

c) El silencio del mandatario. La comisión se perfecciona incluso con el silencio del mandatario. Para que opere esta forma de aceptación, el Artículo 2125 del Código Civil exige que el mandatario sea profesional, dedicado a negocios de otras personas. El silencio de éste profesional se mirará como aceptación si, en un tiempo razonable, no acepta o rechaza el encargo. Es la doctrina unánime en Europa, enseñada en un principio por Savary y Pothier, y luego por la mayoría de los Códigos y autores del siglo XIX.¹¹⁸

¹¹⁷ VICENTE Y GELLA, AGUSTIN. Ob. Cit, página 47. Sin embargo, como dijimos, el autor no fundamenta su opinión.

¹¹⁸ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 54.

El Código Civil extiende esta aceptación a todo mandatario profesional, no sólo al comisionista. Por lo tanto, si alguien encarga un negocio comercial individualmente determinado a un corredor, si éste no repulsa la oferta, se ve obligado a desempeñar el negocio, aunque no sea su giro, ya que según la ley, la comisión se ha perfeccionado.¹¹⁹

3.5 Efectos de la comisión.

3.5.1 Obligaciones de las partes.

Las obligaciones del comisionista son: I) realizar el negocio encomendado, II) custodiar los efectos, III) comunicarse con el comitente, IV) rendir cuentas, y V) remitir el saldo. Además, cuenta con los derechos de retención y prenda.

Las obligaciones del comitente son: I) remunerar al comisionista, II) proveer de fondos y III) reembolsar los gastos.

3.5.1.1 Obligaciones del comisionista.

3.5.1.1.1 Obligación de realizar el negocio encomendado. Artículo 245.

Su obligación principal es ejecutar el negocio encargado. Esta obligación se ve acompañada de otros deberes legales.

a) El comisionista debe cumplir estrictamente las órdenes del comitente (Artículo 238).

El Código Civil no permite al mandatario alejarse de estas instrucciones, aunque el hacerlo sea más beneficioso para el mandante (Artículos 2131, 2134, 2147). Con el mismo rigor se regula las actuaciones de los comisionistas para comprar y vender

¹¹⁹ Por supuesto, el comisionista tiene derecho a no aceptar la oferta. El Artículo 243 del Código de Comercio impone dos obligaciones legales al comisionista que ha recibido una oferta de llevar a cabo un negocio comercial determinado, que no nacen del contrato de comisión, ya que éste aún no se ha perfeccionado: informar de la repulsa al mandante, y tomar las medidas conservativas necesarias para evitar el perjuicio del comitente. El incumplimiento de estas obligaciones le obliga a reparar los perjuicios que el comitente sufra.

El comisionista tiene la obligación legal de informar al mandante su negativa a perfeccionar el contrato. Y debe hacerlo de inmediato, pues la tardanza del negocio es un peligro para el comitente, quien cuenta con los servicios del comisionista.

La ley protege al comitente que envía sus mercaderías al comisionista. La razón de esto es la presunción del comitente de que el encargo será aceptado, por la generalidad de veces en que sí se perfeccionó el contrato. Olavarría ve el acento en la confianza en que se basa la comisión: el rechazo es inesperado para el comitente, por lo que el comisionista debe velar por los intereses que le fueron confiados, tomando las medidas necesarias a favor del comitente, mientras le informa que no realizará el encargo.

(Artículos 291 y 305). Un ejemplo de esto es el encargo de vender mercadería al contado. El comisionista cumple imperfectamente su obligación al dar plazo al comprador.

b) La comisión debe ser desempeñada por el mismo comisionista (Artículo 262).

La delegación está permitida, pero la ley le responsabiliza de la negligencia del delegado. Si éste es elegido por el comitente, el comisionista debe informarle si el delegado no es apto para realizar el encargo.

c) Cuidado, custodia y conservación de las mercaderías.

El comisionista (para vender) recibe las debe hacer constar en forma legal el deterioro o pérdida de las mercaderías recibidas en consignación.

d) Por regla general el comisionista no responde del incumplimiento del tercero. Sin embargo, puede obligarse a ello mediante la cláusula *ducroire* ya comentada.

El comisionista responde al comitente del incumplimiento de la comisión. El artículo 245 indica que su obligación se extingue por “causas legales”, sin que deba responder al comitente por los perjuicios de no realizar el encargo. La doctrina las enumera: el caso fortuito, la no provisión de fondos y cuando la ejecución le perjudique.

El Artículo 2129 del Código Civil¹²⁰ establece tres grados de responsabilidad para el mandatario: responde de la culpa levisima si es remunerado, de la leve si lo hace de forma gratuita, y de la menos grave si se vio obligado a aceptar el encargo. Stitckin no hace esta distinción, pero sí indica que el mandatario responde de los perjuicios de la inejecución.¹²¹

El caso fortuito libera al comisionista de dos obligaciones: realizar el encargo (Artículo 245) y responder al comitente por la pérdida de las mercancías, si perecen por esta causa (Artículo 248). Si la comisión requiere provisión de fondos, y el comitente no la

¹²⁰ Artículo 2129. El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia al encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre él recaiga. Este precepto del Código Civil es aplicable a la comisión, ya que el Código de Comercio no regula la responsabilidad de las partes.

¹²¹ STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, página 258. La negación del derecho del mandante a exigir la reparación de los perjuicios sería dejar sin sanción jurídica el incumplimiento del mandatario.

realiza, el comitente tiene el derecho a renunciar al encargo. Y en tercer lugar, si la ejecución del contrato le es más gravosa que la remuneración que recibirá, también puede renunciarla.

3.5.1.1.2 Obligación de custodia y conservación.

El Código regula la custodia de los efectos antes y después del perfeccionamiento del contrato.

Esta obligación tiene como fuente exclusiva a la ley cuando la comisión no se ha perfeccionado. El comisionista está obligado a resguardar las mercaderías hasta que el mandante se entere de su repulsa.¹²² El Artículo 244 exige al comisionista cuidar las cosas por sí mismo o solicitar al tribunal el depósito judicial de los efectos y la venta de mercancías para recuperar los gastos hechos en la custodia de ellas.¹²³

Una vez formado el contrato, debe conservar los efectos de la comisión. Esta obligación nace en el momento que las mercaderías están en poder del comisionista.¹²⁴

Se presume que las mercaderías entregadas tienen la calidad que el comitente indica. El comisionista debe hacer constar lo contrario al encargarse de ellas. Si todo está correcto, debe mantenerlas en el estado en que las recibió, respondiendo de su deterioro. Si la cosa se deteriora parcial o totalmente por el transcurso del tiempo, el

¹²² Artículo 243. El comisionista puede o no aceptar a su arbitrio el encargo que se le hace; pero rehusándolo quedará obligado bajo responsabilidad de daños y perjuicios:

1º A dar aviso al comitente de su repulsa en primera oportunidad;

2º A tomar, mientras no llegue el aviso al comitente, las medidas conservativas que la naturaleza del negocio requiera, como son las conducentes a impedir la pérdida o deterioro de las mercaderías consignadas, la caducidad de un título, una prescripción o cualquier otro daño inminente.

Artículo 244. Si después de avisado el comitente de la repulsa no eligiere dentro de un término razonable, atendida la distancia, persona que subroga al comisionista, podrá éste pedir al juzgado de comercio el depósito de las mercaderías consignadas y la venta de las que considere suficientes para el reembolso de las cantidades que hubiere anticipado.

¹²³ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 57. Para Olavarría la redacción del Artículo 244 es mala, pues podría interpretarse que es facultativo para el comisionista depositar judicialmente los efectos, pudiendo dejarlos sin cuidado. Sin embargo, el espíritu de la ley es que las cuide él mismo o las deposite judicialmente.

¹²⁴ Artículo 246. El comisionista es responsable de la custodia y conservación de los efectos sobre que versa la comisión, cualquiera que sea el objeto con que se le hayan entregado. OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 93: esta obligación es legal, no contractual.

comisionista debe acreditar su deterioro.¹²⁵ Si la cosa está sujeta a rápido deterioro, el comisionista puede acudir al juez para que éste autorice la venta.

La ley no obliga a asegurar los efectos, pero si el comitente le ordena hacerlo, su incumplimiento lo hace responsable en los mismos términos que lo haría el seguro que se le ordenó tomar en caso de pérdida total o parcial.

La responsabilidad del comisionista cesa de dos formas: cuando el comisionista cumple su obligación, expidiendo las cosas, o se destruyen por caso fortuito o vicio de la cosa misma¹²⁶.

3.5.1.1.3 Obligación de comunicación.¹²⁷

El comisionista debe comunicar oportunamente al comitente todas las noticias relativas a la negociación encargada.

La ley desea que el mandante conozca la forma en que se desempeña su negocio, pues con frecuencia las condiciones son distintas a las esperadas por éste. Los precios, oferta y demanda de los productos, son algunos de los factores que el comitente no conocía a cabalidad al momento de encargar su negocio al comisionista. Por lo tanto, la regla general es que el comisionista informe permanentemente a su mandante, a la cual el Código agrega casos especiales en que el comisionista debe comunicarse con el comitente.¹²⁸

3.5.1.1.4 Obligación de rendir cuentas.¹²⁹

El comisionista debe rendir cuenta de haber ejecutado el encargo, de haber comprado o vendido las mercaderías encargadas, por el monto indicado, de haberlas recibido y enviado, etc.

Esta obligación nace una vez realizado el encargo.¹³⁰

¹²⁵ Artículo 249:

¹²⁶ Artículos 248 y 299.

¹²⁷ Artículo 250. El comisionista debe comunicar oportunamente al interesado todas las noticias relativas a la negociación de que estuviere encargado que puedan inducir a su comitente a confirmar, revocar o modificar sus instrucciones.

¹²⁸ Artículos 243, 249, 267, 268, 269.

¹²⁹ Artículo 2155 del Código Civil y 279 N° 2 del Código de Comercio.

El comitente puede eximir al comisionista de rendir cuenta, lo que no lo libera de los perjuicios ocasionados por el desempeño de la comisión.

3.5.1.1.5 Obligación de remitir el saldo a favor del comitente.

Ésta se realiza con referencia a sus libros, con antecedentes y detalles, reintegrando al comitente el saldo de la operación según sus instrucciones. En caso de morosidad, se devengan intereses.¹³¹

3.5.1.2 Obligaciones del comitente.

La obligación principal es el pago de la comisión, que debe efectuarse de acuerdo a lo pactado, o en defecto, según el uso comercial del lugar en que se celebra la comisión, o en el lugar en que se llevó a cabo.

El comisionista tiene derecho a retribución de sus servicios. Si las partes no la hubieren determinado, éste podrá exigir la de uso general en la plaza. Evacuada la negociación, el comisionista debe reintegrar el saldo a favor del comitente.¹³²

El comitente también está obligado al reembolso de las cantidades que el comisionista haya desembolsado en desempeño de la comisión: gastos, anticipos, seguros, etc. Además, debe librarle de las obligaciones contraídas.¹³³

Para seguridad de sus créditos, la ley establece los derechos de retención y preferencia del comisionista. “Para hacer de la comisión un elemento útil al comercio, el Código establece un derecho de retención en ciertos casos, o un derecho de prenda

¹³⁰ Artículo 279 N° 2: “Evacuada la negociación encomendada, el comisionista estará obligado a: N° 2: 2° A poner en manos del mismo, a la mayor brevedad posible, una cuenta detallada y justificada de su administración, devolviéndole los títulos y demás piezas que el comitente le hubiere entregado, salvo las cartas misivas;

¹³¹ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 109.

¹³² 31 de julio de 2001, Muñoz con Oliva. Rol 3773-2000, N° Legal Publishing: 19096. Artículos 275 y 279 del mismo cuerpo legal. En este juicio criminal, la Corte es superficial en el análisis de los elementos de la comisión. La Corte se limita a citar normas del Código de Comercio, sin interpretarlas en los considerandos de la sentencia. La Corte debía, en primer lugar, resolver cuál es el encargo específico entre las partes, y luego analizar la naturaleza jurídica. Aún así, se aprecia claramente los requisitos de la comisión: el mandato comercial específico de Muñoz hacia Oliva, el cual obliga a éste a desempeñar el negocio encomendado.

¹³³ El estudio de los reembolsos se realiza más adelante.

en otros para asegurar al comisionista el pago de todos sus anticipos, gastos, intereses y salarios adeudados con motivo de la comisión.¹³⁴

3.5.2 Efectos del contrato con terceros.

La representación es de la naturaleza del contrato: “En caso de duda se presume que el comisionista ha contratado a su nombre” (Artículo 259).

3.5.2.1 Actuación a nombre propio.

El comisionista que actúa a nombre propio, se obliga con los terceros, como si lo hubiera hecho a cuenta propia (Artículo 255). Consecuencias:

- a) Los terceros acreedores pueden intervenir en la quiebra del comisionista. La quiebra del comitente no les afecta.
- b) El comisionista y el tercero pueden compensar créditos anteriores entre sí.

Por lo tanto, el comitente carece de acción contra terceros que hayan contratado con el comisionista que actúa a nombre propio. Ante esto, la ley permite al comisionista solicitar la cesión de sus acciones (Artículo 257).

3.5.2.2 Actuación a nombre del comitente.

Los efectos del contrato se radican en el patrimonio del comitente inmediatamente. Se aplican las normas del mandato con representación del Código Civil.

3.6 Pactos accesorios del contrato.

Los Pactos accesorios son: autocontratación, la cláusula de garantía y los derechos del comisionista.

3.6.1 La autocontratación.

3.6.1.1 La autocontratación en el Código Civil.

Es el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en la cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra o como representante de ambas partes.¹³⁵

¹³⁴ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 109.

El Código Civil permite la autocontratación. Ninguna disposición la prohíbe en forma general. Las prohibiciones específicas indican que la intención del Código es que la autocontratación se permita.¹³⁶

Existen algunas prohibiciones establecidas en el Código:

a) El mandatario no puede vender ni comprar para sí lo que el mandante le ordenó vender o comprar.¹³⁷ Esta prohibición tiene una doble restricción: se refiere exclusivamente a estos actos jurídicos, y a los bienes objetos de éstos. Por lo tanto, en un mandato de administración, el mandatario tiene la facultad de adquirir bienes de propiedad del mandante. Esta es la opinión de Alessandri, refutada por Olavarría, ya que la facultad de administrar incluye la de comprar y vender, por lo que le alcanzaría esta prohibición.¹³⁸

b) Tampoco el mandatario que debe colocar dinero a interés, no puede tomar prestado el dinero del mandante para sí, pues esto pone en peligro el patrimonio de aquél.¹³⁹

3.6.1.2 La autocontratación en el Código de Comercio.

Stitchkin opina que el comisionista no puede autocontratar o contratar por cuenta de dos comitentes si para hacerlo debe representar intereses incompatibles.¹⁴⁰ Si no ocurre esta circunstancia, el comisionista tiene permitido autocontratar.

Las prohibiciones del comisionista, del Artículo 271 son:¹⁴¹ a) contratar consigo mismo y con su mandante si representa intereses incompatibles¹⁴² y b) contratar por cuenta de dos comitentes si existen intereses incompatibles.¹⁴³

¹³⁵ ALESSANDRI, ARTURO. La autocontratación, RDJ, XXVIII, sección primera, páginas 1ª y siguientes. Citado por STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, página 344

¹³⁶ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 132 y STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, página 344.

¹³⁷ Artículo 2144: No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.

¹³⁸ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 134.

¹³⁹ Artículo 2145 Código Civil.

¹⁴⁰ STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, página 355.

¹⁴¹ Artículo 271. Se prohíbe al comisionista, salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia y ajena, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles.

Así, no podrá:

Finalmente, la remuneración del comisionista se reduce a la mitad si autocontrata, a menos que las partes hayan estipulado lo contrario.¹⁴⁴ Olavarría justifica esto con el hecho de que el comisionista en realidad realiza un solo acto, pues de haber celebrado estos actos con terceros extraños, hubiera debido trabajar el doble.¹⁴⁵

3.6.2 La comisión de garantía.

Las partes pueden estipular la comisión de garantía (Artículo 317). Sin embargo, el comisionista la pierde bajo dos circunstancias: a) si el precio se entrega al momento de recibir la mercadería y b) si en una venta a plazo el comprador paga con descuento. En estos casos el comisionista no experimenta peligro al responder personalmente, por lo cual no tiene derecho a la comisión de garantía.¹⁴⁶

3.7 Comisiones especiales.

Las comisiones especiales son: compra, venta, transporte, martilleros y corredores de bolsa.¹⁴⁷ Aguirre critica esta regulación especial de superflua, repetitiva e innecesaria, pues en gran parte es aplicación de las reglas generales.¹⁴⁸

3.7.1 Comisión de compra.

1º Comprar o vender por cuenta de un comitente mercaderías que tenga para vender o que esté encargado de comprar por cuenta de otro comitente;

2º Comprar para sí mercaderías de sus comitentes, o adquirir para ellos efectos que le pertenezcan.

¹⁴² OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 136-140. "Hay intereses incompatibles cuando estos son opuestos y no pueden coexistir sin que pueda, razonablemente, suponerse que uno de ellos va a salir perjudicado." El autor no entra más a fondo en la cuestión, y lo que dice es obvio. Por lo tanto, esta regla general del Artículo 271 va a ser una cuestión de fondo que el comitente deberá probar en el juicio en que demande al comisionista.

¹⁴³ Esta exigencia se ve cuestionada si analizamos el mandato de los corredores de bolsa. Éstos comisionistas (ya será analizado este tema) reciben órdenes de compra y de venta de las mismas acciones, de parte de distintos comitentes, a cada instante. Según el Artículo 271, tienen prohibido comprar para un comitente lo que otro le ordenó vender. Cabe preguntarse, entonces, si el Código de Comercio está otorgando a éstos la posibilidad de demandar al corredor cada vez que se sientan perjudicados por el precio que éste obtuvo para ellos.

¹⁴⁴ Código de Comercio, Artículo 276 y STITCHKIN, DAVID. Ob. Cit, página 356.

¹⁴⁵ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 158.

¹⁴⁶ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 158.

¹⁴⁷ Los dos últimos están fuera del libro II, título VI del Código de Comercio.

¹⁴⁸ AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, página 85. El autor es muy crítico de la regulación especial del Código, la cual califica de superflua, repetitiva e innecesaria. La regulación especial de las distintas comisiones es en gran parte aplicación de las reglas generales.

El Código de Comercio entrega una serie de normas particulares: si la compra no se ajusta a la especie o calidad indicada, el comitente puede protestarla (Artículo 293); si el comisionista compra en exceso, el comitente debe recibir la cantidad instruida, y el resto es de cuenta del comisionista (Artículo 292 inciso 2º); si el comisionista se excede en el precio, puede optar aceptar la compra o dejarla a cuenta del comisionista (Artículo 294) y el comisionista no puede comprar a un valor mayor al de la plaza, aunque el comitente le haya instruido un precio mayor (Artículo 296).¹⁴⁹

Los exportadores chilenos usan esta comisión, tal como se explicó al hablar de las centrales de compra.

3.7.2 Comisión de venta.

Aguirre y Olavarría creen que el Código es redundante. El primero opina que muchas disposiciones no son importantes ni aplicables en la práctica.¹⁵⁰

El comisionista para comprar tiene los siguientes deberes:¹⁵¹

a) Hacer constar las averías (Artículos 302-303). De no hacerlo, responde de los perjuicios que sean descubiertos en la mercadería. Debe dar inmediato aviso (Artículo 249), y si la mercadería está en mal estado, puede solicitar al tribunal la venta de ellas (Artículo 304).

b) Cuidar las mercaderías. Esta obligación se extiende desde que las mercaderías llegan a su poder. Se convierte en depositario, con todas las obligaciones impuestas por el Código Civil.¹⁵²

c) Debe informar sobre la marcha del negocio, perseguir a los morosos y recibir el precio (Artículo 312). No puede ocultar el nombre de los compradores (Artículo 309), debe rendir cuenta y llevar contabilidad (Artículo 316).

¹⁴⁹ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 179.

¹⁵⁰ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 180, AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, página 86.

¹⁵¹ ENCINA, CARMEN, Los comisionistas para vender, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1948, cap. II. De la enumeración de la autora hemos quitado dos deberes, por parecernos redundantes, como cumplir el encargo y comunicarse con el comitente.

¹⁵² Corte de Concepción, GT 1911, t. 1, s. 248, página 451, Artículo 248.

3.7.3 Comisión de transporte.

Comisionista de transporte es aquel que, en su propio nombre pero por cuenta ajena, trata con un porteador la conducción de mercaderías de un lugar a otro (Artículo 318).

El comisionista actúa a nombre propio, y trata con un porteador la conducción de mercaderías. El cargador es quien encarga la conducción, por cuenta propia o ajena (Artículo 166 inciso 4º). Por lo tanto, el comisionista siempre será cargador. Esta exigencia se justifica en la rapidez del negocio del transporte, que necesita seguridad inmediata en la determinación del cargador.

En esta comisión el comisionista principal responde por los hechos del comisionista intermedio, al cual haya encargado la dirección de las mercaderías, a menos que éste fuera designado por el comitente.¹⁵³

Así, la Corte concluye que es transportista y no comisionista aquel que efectúa fletes en camiones propios y mediante la contratación de terceros.¹⁵⁴

3.7.4 Otros tipos de comisionistas.

Las siguientes ocupaciones califican como “comisionistas”, pues cumplen con los requisitos de la esencia de la comisión: el encargo que ejecutan es un negocio comercial definido.

3.7.4.1 Martilleros.

Antiguamente se definían como “oficiales públicos, encargados de vender públicamente al mejor postor, productos naturales, muebles.”¹⁵⁵ Se observan los elementos de la esencia de la comisión: un encargo mercantil: vender bienes al mejor postor.¹⁵⁶

Actualmente son definidos como “las personas naturales o jurídicas inscritas en un registro, en conformidad a la ley, para vender públicamente al mejor postor toda clase

¹⁵³ AGUIRRE, CARLOS, Ob. Cit, página 88.

¹⁵⁴ GJ Nº 82 página 109. Rol Nº 17.951.

¹⁵⁵ Reglamento de las Casas de martillo de 1886, Artículo 81.

¹⁵⁶ Reglamento de las Casas de martillo de 1886, Artículo 85.

de bienes corporales muebles”.¹⁵⁷ Se mantienen los elementos de la esencia de la comisión.¹⁵⁸ Son comisionistas para vender.¹⁵⁹

3.7.4.2 Corredores de bolsa.

Los corredores son comisionistas, pues realizan operaciones mercantiles por cuenta ajena. La tesis ya mencionada de Malagarriga se aplica al derecho chileno: los corredores de bolsa no son mandatarios que sólo intermedian entre las partes. Actúan a nombre propio, compran y venden valores a cuenta ajena: hacen negocios comerciales.

¹⁵⁷ Ley N° 18.011, Artículo 1°.

¹⁵⁸ Ley N° 18.011, Artículo 25.

¹⁵⁹ OLAVARRIA, JULIO. Ob. Cit, página 186.

Capítulo IV. La comisión en el Derecho tributario chileno.¹⁶⁰

Este capítulo expondrá el uso del término comisión en la ley, la jurisprudencia judicial y la jurisprudencia administrativa.

4.1 Introducción.

La Ley de la Renta, desde la ley N° 3.996 de 1924, ha gravado a los “comisionistas”. Esto significa una de dos cosas: que el elemento objetivo del hecho gravado es la misma calidad de comisionista o que la Ley regula subjetivamente la institución. La primera postura exige a la ley determinar los requisitos de una persona para que se constituya en comisionista. Según el Código de Comercio, cualquier persona puede ser parte de un contrato de comisión, sin la necesidad de distinguir entre quien realiza una comisión de forma única o esporádica y los comisionistas profesionales. La segunda postura, indicaría que, al menos por la literalidad de la norma. La Ley de la Renta regula la institución de forma distinta al Código de Comercio.

La comisión o los comisionistas han sido objeto de debate a lo largo de casi todas las leyes de la renta dictadas el siglo XX, además de otras leyes tributarias.¹⁶¹ La mayoría de los fallos deben determinar la categoría que grava al contribuyente. Un grupo menor de sentencias debe distinguir entre el comisionista empresario y aquel que no lo es.

¹⁶⁰ Fuentes utilizadas:

a) Jurisprudencia judicial:

La búsqueda se realizó bajo los vocablos “comisión y “comisionista”.

Revista de Derecho y Jurisprudencia (en adelante RDJ), 1925-2006.

Gaceta jurídica (en adelante GJ), revista 1 a 349.

Fallos del mes, 1958, N° 1 a junio 2007, N° 546.

Gaceta jurídica en línea: Legal Publishing, <http://productos.legalpublishing.cl>

b) La historia de la ley de las leyes 3.996 de 1924 y 15.564 de 1964.

El análisis tributario se centrará en la jurisprudencia, porque los tratados de derecho tributario son demasiado generales, pues no interpretan los hechos gravados por la Ley de la Renta. La mejor fuente de discusión sobre la comisión (a nivel comercial la discusión doctrinal también es escasísima) en nuestro derecho es la jurisprudencia.

¹⁶¹ Estas leyes son la Ley N° 7.144 de 1942. Impuesto a los beneficios excesivos y el DS N° 2.772 de 1943, sobre la Cifra de Negocios.

La esencia de la discusión de los fallos y oficios es determinar qué se entiende por comisionista. Sobre este tema, la jurisprudencia ha cambiado las doctrinas sustentadas.

4.2 Terminología.

En la Ley de la Renta, los términos usados son comisionista y comisión. El primero se utiliza desde la primera Ley de la Renta. El último, sólo desde el DL N° 824 de 1974, a propósito del impuesto adicional.

En la Ley del IVA, los términos usados son comisión y comisiones.

4.2.1 Contenido del vocablo discutido.

Como se indicó, el centro de la discusión es la definición de “comisión” o “comisionista”. Las distintas leyes de la renta, desde 1924 hasta la vigente hoy en día, han gravado expresamente a los comisionistas.

Primera Ley de la renta, N° 3.996 de 1924.

Esta ley establece seis categorías de contribuyentes. La tercera categoría grava las rentas de la industria y el comercio, entre los cuales menciona a los comisionistas, y la sexta, a los profesionales y toda otra ocupación no clasificada:

“Párrafo III, Tercera categoría, Beneficios de la industria y del comercio.

Artículo 16. El impuesto de la tercera categoría será de tres y medio por ciento y se aplicará a las rentas de cualquiera industria o comercio que no sea minero o metalúrgico.

Artículo 17. En conformidad al artículo anterior, deberán el impuesto de esta categoría:

*d) Los corredores de comercio, sean o no titulados, los de frutos del país y los **comisionistas** sobre el monto de las comisiones que perciban por las operaciones que realizan por cuenta ajena;”¹⁶²*

¹⁶² Y la sexta categoría reza así: Párrafo VI, Sexta categoría, Renta de profesionales y de toda otra ocupación lucrativa no comprendida en las anteriores categorías.

Artículo 32. El impuesto de esta categoría será de dos por ciento y se aplicará a:

En este ámbito, tanto en la jurisprudencia judicial como administrativa existen dos posiciones: la definición según el sentido natural y obvio y la definición legal.

4.2.2 Definición de comisionista según el sentido natural y obvio.

4.2.2.1 Resumen.

La jurisprudencia judicial y administrativa definen al comisionista, mayoritariamente, de acuerdo al sentido natural y obvio, sin considerar la definición del Código de Comercio.

4.2.2.2 Desarrollo.

Antes de analizar la definición usada por las jurisprudencias, debe advertirse la despreocupación de ambas por la definición de la institución. En efecto, el tema principal de discusión es la clasificación del comisionista, lo que será estudiado más adelante.

Esta falta de estudio de la definición es la que lleva a la jurisprudencia a cometer errores de interpretación, pues se afirma que comisionista es aquel que trabaja a comisión, aquel que no es viajante, que cuenta con recursos para hacer su actividad, etc.

Teniendo esto en mente, puede decirse que la jurisprudencia presenta pocos argumentos para definir la comisión como lo hace, en los pocos fallos, recursos y oficios en que lo hacen tanto la jurisprudencia judicial como la administración.

Uno de estos, plantea que la definición comercial se aplica en ciertas materias, dentro de la cual no se encuentra la tributaria, pues, de no encontrarse una definición en la misma legislación tributaria, debe acudir al sentido natural y obvio.¹⁶³

4.2.2.3 Consecuencias.

a) La consecuencia tributaria más importante de interpretar al comisionista según el sentido natural y obvio, sin acudir a una interpretación completa de la institución,¹⁶⁴ de

a) a las rentas de las profesiones liberales, o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en las categorías anteriores.

¹⁶³ Casación en el fondo, 23 mayo de 1951, Munchmeyer y otros con Impuestos Internos. RDJ, XLVIII, Segunda parte, Sección primera, Página 134, Considerando 9º.

acuerdo a lo observado en la jurisprudencia, es gravarle incorrectamente: hasta la década de 1950, esto significaba que el comisionista sería gravado como empresario comerciante, perdiendo su carácter de comisionista dadas ciertas circunstancias. Y en la actualidad, el efecto más importante de esta interpretación es que la comisión será gravada en primera categoría, lo que significa, además, gravarla con IVA.

La Corte ha interpretado que aquel que percibe una “comisión” es comisionista, sin analizar los elementos de la esencia del contrato. Se establece que el corretaje de un bien raíz es un contrato de comisión, lo que es un error por dos razones: a) los bienes raíces están fuera de los actos de comercio del Código de Comercio y b) el corretaje que es acto de comercio recae solo sobre bienes muebles. Por lo tanto, calificar el contrato de comisión en lugar de corretaje de propiedades, significa gravar en tercera categoría en lugar de sexta como correspondería.¹⁶⁵

b) La Ley de la Renta somete a la tercera categoría incluso los beneficios de actividades civiles.

La Corte ha afirmado que la tercera categoría grava los negocios regidos por el Código de Comercio. Mas a pesar de esto, las actividades civiles son igualmente gravadas. La Corte fundamenta esto en “razones económicas o tributarias”, que no son suficientes para entender tal afirmación, de vital importancia para entender porqué la Ley de la Renta gravaría dentro de los negocios comerciales también los civiles.¹⁶⁶

Este punto es muy relevante, pues tanto el comisionista como el corredor ejercen sus labores dentro del comercio, es decir, ejerciendo alguno de los actos de comercio definidos en el Código de Comercio.¹⁶⁷

La Ley de la Renta grava expresamente a los corredores y los comisionistas. Interpretar estos términos según el sentido natural y obvio, impide distinguir entre

¹⁶⁴ Por completa se entiende una interpretación gramatical, sistemática e histórica, al contrario de la aludida que se queda solamente en la etapa gramatical de la interpretación.

¹⁶⁵ Casación en el fondo, 29 julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos. RDJ, LI, Segunda parte, Sección primera, Página 297, Considerando 5º.

¹⁶⁶ Casación en el fondo, 23 mayo de 1951, Munchmeyer y otros con Impuestos Internos. Ob. Cit, Considerando 7º.

¹⁶⁷ El corredor dispensa su mediación asalariada a los comerciantes, lo que no puede ocurrir en la “correduría” de bienes raíces, puesto que la compraventa de bienes raíces no es un acto de comercio.

aquellos que desarrollan labores comerciales y aquellos que realizan negocios exclusivamente civiles.¹⁶⁸

c) Caso especial de las leyes de beneficios excesivos. La Ley de la Renta considera que los comisionistas que tienen medios, personal a cargo, oficina, es decir, “ciertos recursos para producir la renta”, dejan de ser comisionistas para constituirse en empresarios.

4.2.3 Definición de comisionista según el Código de Comercio.

4.2.3.1 Resumen.

La comisión es el contrato definido como tal por el Código de Comercio. El sentido de la ley no se obtiene aislando una disposición o un inciso de otros, ni mucho menos tratándose de una sola regla, separando una frase de otras.¹⁶⁹

4.2.3.2 Desarrollo.

El Código de Comercio exige dos requisitos para configurar la comisión: que se trate del mandato de un negocio comercial y que este sea determinado.

Por lo tanto, solo los mandatos cuyo objeto sea un acto de comercio puede ser objeto de comisión. Esto excluye los negocios civiles.¹⁷⁰ El análisis gramatical, sistemático e histórico del contrato lleva a esa conclusión. La legislación tributaria debe estar en la misma línea que las normas civiles y comerciales.

Análisis gramatical: la Ley de la Renta grava las rentas obtenidas por los comisionistas, quienes serían los que realizan comisiones según lo indicado por el Código de Comercio.¹⁷¹

¹⁶⁸ Casación en el fondo, 23 mayo de 1951, Munchmeyer y otros con Impuestos Internos. Ob. Cit, y Casación en el fondo, 29 julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos. Ob. Cit, cuya resolución es que el corredor de bienes raíces es un comisionista.

¹⁶⁹ Casación en el fondo, Inversiones Errázuriz Ltda. con Kreditanstalt für Wiederaufbau, de 18 octubre 2006. RDJ, CIII, tomo 2, Segunda parte Sección primera, Página 707.

¹⁷⁰ Casación en el fondo, 13 diciembre de 1940, Mella con Impuestos Internos. RDJ, XXXVIII, Segunda parte, Sección primera, Página 523.

¹⁷¹ Casación en el fondo, 13 diciembre de 1940, Mella con Impuestos Internos. Ob. Cit, Considerando 3º.

Además, tal como lo indica la Corte, los beneficios gravados en la tercera categoría son los derivados del comercio y la industria.¹⁷²

Análisis sistemático: la Ley de la Renta no regula la institución de la comisión, ni ningún aspecto del comercio. El Código de Comercio regula que el objeto de la comisión son negocios mercantiles.¹⁷³

La Ley de la Renta grava expresamente a los corredores y los comisionistas. Esta fase de interpretación considera el encabezado del párrafo de la tercera categoría: “De los beneficios de la industria y el comercio”. El título del párrafo excluye los beneficios de una actividad que no provenga del comercio, definiendo aquel como el señalado en el artículo 3º de Código de Comercio.

La Corte establece que “comisionista es la persona que desempeña una comisión, nombre del mandato comercial cuando versa sobre una o más operaciones individualmente determinadas”. Agrega que “los corredores, comisionistas, martilleros y constructores quedan comprendidos dentro de las actividades de comercio porque ejecutan actos de manera que la referencia legal es redundante”.¹⁷⁴

Análisis histórico: tal como se vio en los capítulos previos, la intención del legislador fue restringir el contrato sólo a los actos de comercio.

Así analiza una sentencia la naturaleza jurídica de un comisionista: “Que en su calidad de comisionista de frutos del país no compra y vende por cuenta propia sino a nombre de varias firmas, no siendo empleado de ninguna de ellas...” “...Que todo ello lo cataloga como simple comisionista, afecto a tercera categoría...”¹⁷⁵

¹⁷² Casación en el fondo, 23 mayo de 1951, Munchmeyer y otros con Impuestos Internos. Ob. Cit, Considerando 6º: “la aludida ley, en la parte referente al impuesto cedular de la tercera categoría, bajo la denominación o epígrafe “De los beneficios de la industria y el comercio” y dentro del párrafo 1º, comienza diciendo en el artículo 15 (13): “Establécese un impuesto que se determinará, recaudará y pagará anualmente sobre la renta líquida imponible derivada del ejercicio del comercio y de la industria.”

¹⁷³ Casación en el fondo, 8 mayo 1962, Garnham con Impuestos Internos. RDJ, LIX, Segunda parte, Sección primera, Página 131 y Fallos del Mes, Mayo de 1962, Nº 42, Página 59, 8 mayo 1962, rol Nº 4977, Considerando 11º. Es necesario señalar que aunque este fallo es útil en el ámbito sistemático, su interpretación no ataca los elementos de la esencia de la comisión.

¹⁷⁴ Corte de Santiago, 9 octubre 1963, Oyanedel Vargas y Cía. con Impuestos Internos. RDJ, LX, Segunda parte, Sección segunda, Página 125, Considerando 4º:

¹⁷⁵ Casación en el fondo, 26 diciembre 1955, Aninat con Impuestos Internos. RDJ, LII, Segunda parte, Sección primera, Página 420, Considerando 7º. La Corte Suprema cita el fallo de la Corte de Apelaciones.

4.2.3.3 Conclusión.

El objeto de la comisión puede ser solamente negocios comerciales. Esto se logra con una interpretación integral de la institución, utilizando los métodos de interpretación legales, que permiten concluir que la Ley de la Renta, al gravar la comisión o al comisionista, se refiere a la comisión regulada por el Código de Comercio.

La jurisprudencia y la Administración utilizan generalmente un concepto natural y obvio del concepto comisión, salvo en el caso del impuesto adicional en que invariablemente interpretan que la Ley de la Renta se refiere a la definición legal.

4.3 Tributación del comisionista.

Al iniciar esta sección, debe advertirse que el lenguaje de la Ley de la Renta es impropio. El Código de Comercio reglamenta la institución comisión en forma objetiva, al contrario de los Códigos francés o español, que lo hacen subjetivamente.

Como se vio en la parte comercial de esta memoria, la ley escoge regular un contrato, del cual cualquier persona puede ser parte, mientras sean satisfechos sus elementos esenciales: un mandato comercial determinado.

Por ende, la Ley de la Renta históricamente ha pasado por alto el carácter material del Código de Comercio, al gravar a determinadas actividades en lugar de instituciones, como lo hace la ley. Es decir, al gravar las rentas obtenidas por el comisionista y no las rentas provenientes de un contrato de comisión. Esto produce problemas interpretativos, que serán detallados.

De hecho, este gravamen personal es la excepción dentro de la Ley de la Renta. Actualmente, la Ley de la Renta grava, en el Artículo 20 N° 1, “las rentas de los bienes raíces” en el N° 2, “las rentas de capitales mobiliarios”, en el N° 3, “las rentas de la industria, del comercio, de la minería...”, en el N° 5, “todas las rentas” y en el N° 6, “los premios de lotería”. Se observa fácilmente que la ley grava la renta emanada del ejercicio de una actividad. Sin embargo, el N° 4 grava “las rentas obtenidas por... ..comisionistas con oficina establecida...”, es decir, grava a la persona que se dedica a tal actividad.

A continuación, se realiza un examen histórico de la tributación del comisionista.

4.3.1 Evolución del gravamen al comisionista.

Este estudio debe contextualizarse a las leyes que han sido dictadas.

a) la Ley de la Renta N° 3996 de 1924, grava al comisionista de forma expresa en tercera categoría: *d) Los corredores de comercio, sean o no titulados, los de frutos del país y los **comisionistas**¹⁷⁶ sobre el monto de las comisiones que perciban por las operaciones que realizan por cuenta ajena;*¹⁷⁷

La discusión parlamentaria revela que esto se debió a las dudas que pudo haber causado su tributación, pues algunos parlamentarios pensaban que debían tributar como profesionales, al igual que los médicos, abogados, etc. La mayoría del parlamento decidió que, atendiendo a su regulación legal, realizaban esencialmente labores comerciales y por lo tanto, se les grava expresamente en la tercera categoría, la categoría que grava el comercio, como lo indica su título.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Negrilla agregada por el tesista.

¹⁷⁷ Y la sexta categoría reza así: *Párrafo VI, Sexta categoría, Renta de profesionales y de toda otra ocupación lucrativa no comprendida en las anteriores categorías.*

Artículo 32. El impuesto de esta categoría será de dos por ciento y se aplicará a:

a) a las rentas de las profesiones liberales, o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en las categorías anteriores.

¹⁷⁸ Corte Suprema, 13 mayo 1953, Sociedad Lange con Impuestos Internos, RDJ, L, I, 142, considerando 4º cita esta historia, en la cual se observa que el parlamento discute sobre el comisionista en lugar de la comisión.

“El señor Opazo. La comisión ha considerado a los corredores de comercio, martilleros y constructores como simples profesionales y, por consiguiente se les ha aplicado la regla que corresponde a los profesionales en general, abogados, ingenieros, arquitectos, etc. Tanto los martilleros, como los corredores de comercio y constructores trabajan en las mismas condiciones de aquellos.

El señor Aguirre Cerda. Pero sin título alguno.

El señor Opazo. Esa es cuestión aparte; pero necesitan habilidad; usan de su inteligencia, de su trabajo personal y, en general, no necesitan capital. Por consiguiente, lo que se grava directamente es el trabajo personal de esta gente, razón por la cual la comisión ha querido equipararlos a los demás profesionales.

El señor Echenique. Creo que ante todo son comerciantes, pues ejercen una función eminentemente comercial, de manera que no se ve la razón para que se les conceda esta rebaja. Pido que se vote el artículo.

El señor Opazo. Comerciantes son, naturalmente, como son comerciantes también los médicos, abogados, porque buscan un lucro en el ejercicio de sus actividades.

El señor Gatica. Entiendo que la indicación del honorable Senador por Santiago es para elevar la categoría que se fija para los corredores de comercio, los martilleros y constructores.

El señor Barros Errázuriz. Suprimiendo el artículo quedan los corredores y martilleros comprendidos en la tercera categoría.

El señor Opazo. Lo que se desea es bien difícil de aplicar, porque si se suprime el Artículo 23, va a haber que considerar a los corredores y martilleros en la categoría de empresas comerciales.

Al respecto, dice la Corte: “Naturalmente, en la tercera categoría, como en todas las demás categorías, la ley grava la renta según la fuente de donde emana y no según la fuente de quien la obtiene; por lo que al incluir el precepto expresamente en esta categoría a los corredores, titulados o no, comisionistas, martilleros y constructores, no dispuso que quedaban gravadas en la tercera categoría todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, obtenidas por estas personas, sino las rentas que provinieran del ejercicio de corretajes, comisiones, martillos o construcciones, “-de sus ocupaciones respectivas”, - cualquiera sea la persona que las obtenga.¹⁷⁹

b) Esta regulación sufrió una ligera variación en la Ley de la Renta N° 5169 de 1933, en la cual se regula de la siguiente manera en el Artículo 15:

“Establécese un impuesto que se determinará, recaudará y pagará anualmente sobre la renta líquida imponible derivada del ejercicio del comercio y de la industria. Los corredores titulados o no, comisionistas, martilleros y constructores estarán sujetos al impuesto de esta categoría sobre la renta líquida que provenga de sus ocupaciones respectivas.”

Esta forma de gravar al comisionista se mantuvo invariablemente hasta la Ley de la Renta del DS N° 2106 de 1954.¹⁸⁰

Estas leyes deben estudiarse junto a dos impuestos establecidos en la década de 1940: Ley N° 7.144 de 1942, Artículo 15, Impuesto a los beneficios excesivos y el DS 2.772 de 1943, sobre la Cifra de Negocios.

Ley N° 7.144 de 1942, Impuesto a los beneficios excesivos Artículo 15:

Lo que podría hacerse, en caso de aprobar la indicación del señor Senador por Santiago, es agregar una letra más al Artículo 17, en la que se incluiría a los martilleros, corredores de comercio, constructores, etc.

El señor Correa (Presidente). Si le parece al Senado, quedaría rechazado el artículo, y se le agregaría una letra más al artículo 17 para consultar la disposición que propone el Honorable Senador por Colchagua.

Queda así acordado, con el voto en contra del señor Opazo.

El Artículo 17 d) finalmente, establece: “En conformidad al artículo anterior, deberán el impuesto de esta categoría:

d) Los corredores de comercio, sean o no titulados, los de frutos del país **y los comisionistas** sobre el monto de las comisiones que perciban por las operaciones que realizan por cuenta ajena;”

¹⁷⁹ Casación en el fondo, 13 mayo 1953, Sociedad Lange con Impuestos Internos. RDJ, L, Segunda parte, Sección primera, Página 142, Considerando 5º.

¹⁸⁰ En la Ley de la Renta N° 6457 de 1940, este Artículo sería el 15, en la 8419 de 1946 sería el 13 y en el DS 2106 de 1954, el 12. Todos con un texto idéntico.

“Un impuesto sobre los beneficios excesivos derivados exclusivamente del ejercicio del comercio y de la industria a que se refiere **la primera parte del primer inciso del Artículo 15 de la Ley de la Renta.**”¹⁸¹

DS 2.772 de 1943, sobre la Cifra de Negocios, Artículo 7º:

“Las personas naturales o jurídicas que, por razón de negocios, servicios o prestaciones de cualquiera especie, perciban intereses, primas, comisiones u otras formas de remuneración, pagarán un impuesto de... ..., sobre el monto de las sumas percibidas por tales conceptos, siempre que dichas sumas constituyan **ingresos sujetos a las disposiciones de la tercera categoría de la Ley de la Renta.**”¹⁸²

Teniendo en cuenta estas leyes, es tiempo de analizar la jurisprudencia, dentro de la cual se identifica los siguientes tópicos:

- a) Clasificación de los comisionistas. Criterios jurisprudenciales.
- b) Impuesto adicional.
- c) Reembolso de gastos.

4.3.2 Clasificación de los comisionistas. Criterios jurisprudenciales.

Tanto la jurisprudencia judicial como administrativa, construyen la distinción comisionistas con capital y comisionistas sin capital, o comisionistas empresarios y profesionales o no empresarios.

Estas distinciones inciden en el impuesto aplicable al comisionista. Así, la Corte establece que un comisionista (una persona natural o jurídica que desempeñe mandatos comerciales determinados) empresario deja de ser comisionista: “Una empresa comercial en que se asocian capitales, que paga impuestos de tercera categoría y que entre sus actividades vende a comisión usando sus capitales y aprovechando el trabajo ajeno no es comisionista según la Ley de la Renta.” Agrega el fallo de la Corte “Que, por lo tanto, no cabe dudar que las rentas de los corredores, titulados o no, de los comisionistas, de los martilleros y de los constructores, no

¹⁸¹ Negrilla agregada por el tesista.

¹⁸² Negrilla agregada por el tesista.

quedaron comprendidos dentro del gravamen creado por la ley N° 7144...” “...Que. Sin embargo, tal conclusión no puede aplicarse a la Compañía, que no es corredor de comercio, ni comisionista, ni martillero, ni constructor...” “...sino que es una empresa comercial en que se asocian y utilizan capitales y emplean y aprovechan el trabajo ajeno”.¹⁸³

Sin embargo, La Corte no rebate el hecho, claramente establecido en la historia de la ley, que el legislador considera comisionista tanto a quien lo desempeña en forma personal, sólo con su esfuerzo y a quienes utilizan capital. Su interpretación carece del fundamento de porqué una empresa no puede ser comisionista.

En fallos como este, el centro de la discusión se desplaza desde la naturaleza jurídica del contribuyente como comisionista, hacia la supuesta característica de empresa del comisionista.

La jurisprudencia y la administración dan al comisionista la calidad de empresario basado en criterios vagos, que son aplicados sin una pauta que permita llegar a una certeza jurídica. Algunos de los criterios que se identifican en la jurisprudencia son el capital, la habitualidad de las operaciones, la cantidad de operaciones efectuadas, el auxilio de personal o empleados y el contar con oficina establecida.

Como se dijo, estos son tratados de forma aleatoria por la jurisprudencia, unas veces justificando una distinción, otras para no realizarla. Cuando se cumplen estos criterios, es decir, cuando el comisionista cuenta con alguno de estos medios, se transformará en un comisionista empresario y de lo contrario, será un simple comisionista.

A continuación, se examinará los criterios mencionados.

4.3.2.1 Capital.

Este pareciera ser la más importante de las circunstancias que cambian la naturaleza jurídica del comisionista en empresario. De una lectura detallada de la jurisprudencia, se advierte que los demás criterios de distinción se relacionan también la inversión de capital del comisionista.

¹⁸³ Casación en el fondo, 9 enero 1952, Compañía distribuidora con Impuestos Internos. RDJ, XLIX, Segunda parte, Sección primera, Página 10. Sección Doctrina y Considerandos 8° y 9°.

4.3.2.1.1 A favor de la distinción basada en el capital.

La tercera categoría grava las rentas de la industria y el comercio, que cuentan con un capital, y además, aquéllas que no lo requieren, como el caso de los comisionistas.¹⁸⁴

La teoría que sustenta el Servicio, acogida por la jurisprudencia se resume en lo siguiente:

El Artículo 15 de la ley N° 7144, establece cuáles son los contribuyentes sobre los cuales va a pesar el impuesto en lugar de determinar cuáles son las rentas gravadas.

La historia fidedigna de esta disposición corrobora que el fin era precisar que el impuesto está destinado a los comerciantes e industriales, y para ese efecto se le relacionó con una disposición de la ley sobre impuesto a la renta que distingue entre los comerciantes e industriales, que quedarían afectos al tributo, y los comisionistas, que quedarían exentos del mismo.

Por lo tanto, la disposición del inciso 1º del Artículo 15 determina que los gravados por el tributo son los comerciantes e industriales y las comisiones obtenidas por estos quedan exentas.¹⁸⁵

Críticas a esta postura.

En primer lugar, tanto la Ley de la Renta como la ley sobre beneficios excesivos gravan el ingreso, no al contribuyente. Ambas gravan textualmente “la renta líquida imponible derivada del ejercicio del comercio y de la industria” y “los beneficios excesivos derivados exclusivamente del ejercicio del comercio y de la industria a que se refiere la primera parte del primer inciso del Artículo 15 de la Ley de la Renta.” Por lo tanto, la intención de la ley es gravar rentas, no contribuyentes. Y en este caso, ambos coinciden en la renta a gravar: aquellas derivadas del ejercicio de la industria y el comercio.

En segundo lugar, se ha establecido en este trabajo que la renta del comisionista también sería derivada del comercio y que el legislador la estableció expresamente,

¹⁸⁴ Casación en el fondo, 29 julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos. Ob. Cit.

¹⁸⁵ Casación en el fondo, 9 enero 1952, Compañía distribuidora con Impuestos Internos. Ob. Cit.

con fines aclaratorios. Sin embargo, la ley N° 7144 es clara al excluir tales rentas del impuesto por ella establecido.

Por último, en el fallo en que se presenta esta teoría, se observa que su aplicación es el paso previo para determinar que, como es el comerciante o industrial quien está gravado, al constituirse el comisionista en empresario, por causa de su capital, se ve gravado mayormente que si fuera un simple comisionista.¹⁸⁶

De esta forma, la Corte resuelve que una empresa comercial con capital que aprovecha el trabajo ajeno, tributa en tercera categoría y vende a comisión, no es comisionista.¹⁸⁷ Agrega en otro fallo que una empresa que paga impuesto de tercera categoría no puede quedar exenta del impuesto a los beneficios excesivos, porque no es comisionista, sino empresa, por el capital con que cuenta.¹⁸⁸

Esto se fundamenta en que la ocupación de los comisionistas, ejercida independientemente, caen más bien en el campo profesional: y, a la inversa, cuando se asocian y utilizan capitales y aprovechan el trabajo ajeno, constituyen empresa comercial antes que ocupación profesional.¹⁸⁹

4.3.2.1.2 En contra de la distinción basada en el capital.

Posteriormente, la Corte establece que la tercera categoría no distingue entre las rentas obtenidas con o sin la ayuda de un capital. “La tercera categoría grava las rentas derivadas del ejercicio de la industria y el comercio, esto es, las rentas que se perciben con la ayuda de un capital, sin que por ello esta categoría deje de incluir las de personas que no requieren de un capital para obtener utilidades, como son los comisionistas, a quienes especialmente se refiere el mismo precepto.”¹⁹⁰

¹⁸⁶ Casación en el fondo, 9 enero 1952, Ob. Cit, Considerando 9°.

¹⁸⁷ Casación en el fondo, 9 enero 1952, Ob. Cit, Sección Doctrina. La Corte se desliga de la doctrina que había señalado en la sentencia de 13 diciembre de 1940, Mella con Impuestos Internos.

¹⁸⁸ Casación en el fondo, 14 enero 1953, Compañía Frutera Sud Americana con Impuestos Internos. RDJ, L, Segunda parte, Sección primera, Página 61. Considerandos 9° y 12°.

¹⁸⁹ Casación en el fondo, 9 enero 1952, Ob. Cit, Considerando 7°.

¹⁹⁰ Casación en el fondo, 29 julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos. Ob. Cit, Considerando 4°.

Una postura similar presenta un año después la Corte: “la ley no atiende para gravar las rentas en las distintas categorías a la importancia o proporción de cada una de ellas en el conjunto de las que percibe el contribuyente; ni a la importancia o proporción que la actividad productora de la renta tenga en el conjunto de las actividades que desarrolla el contribuyente; ni a que esa ocupación productora sea permanente, transitoria u ocasional. Es, asimismo, indiferente para el efecto de gravar la renta de la tercera categoría la circunstancia que se produzca o pueda producirse con el concurso del capital o solo con el esfuerzo personal.”¹⁹¹

Este fallo concluye:

- a) El gravamen de cada categoría no depende de las rentas clasificadas en otras categorías.
- b) El gravamen de cada categoría no depende de la habitualidad de la actividad.
- c) El gravamen de la tercera categoría no se ve influido si la renta proviene del capital o el esfuerzo personal.

Estos fallos podrían indicar que la postura de Impuestos Internos se basaba más en un afán recaudatorio que jurídico. La influencia política o económica de la ley N° 7144 se aprecia en un fallo posterior a su derogación, en el cual la Corte no distingue entre un comisionista empresario (de la primera parte del Artículo) y un comisionista profesional (de la segunda parte):

“El recurrente trabaja para diversas firmas, percibe comisiones, utiliza los servicios de varias personas y una secretaria, una traductora, tiene un capital de \$500.000 y una oficina en el centro. Su patente municipal está extendida como oficina de comisiones y representaciones. Estos hechos demuestran que se trata a la vez de una organización comercial y que la actividad es la de comisionista.”¹⁹²

¹⁹¹ Casación en el fondo, 13 abril 1955, Importadora chilena SA con Impuestos Internos. RDJ, LII, Segunda parte, Sección primera, Página 60, Considerando 5°.

¹⁹² Casación en el fondo, 16 mayo 1960, Kelter con Impuestos Internos. RDJ, LVII, Segunda parte, Sección primera, Página 80 y Fallos del mes, Mayo 1960, N° 18, Página 33, s. 1. 16 mayo 1960, Rol N° 4331, Considerando 2°.

Dos comentarios sobre este fallo. Primero, su análisis es más económico que jurídico, pues en la conclusión sobre su naturaleza de comisionista no se aprecia ninguno de los métodos de interpretación legales y la Corte determina que se trata de un comisionista basado puramente en que el recurrente cuenta con medios económicos, sin invocar, por supuesto, el Código de Comercio.

En segundo lugar, el fallo establece que un comisionista con capital no pierde su naturaleza de tal por el hecho de contar con capital y otros recursos para desempeñar su actividad.

Curiosamente, la Corte vuelve a la distinción esfuerzo-capital. El fallo establece que “Para gravar las rentas la ley atiende su origen o fuente, y distingue entre las que provienen del trabajo, capital o las actividades comerciales o mineras. Se clasifican en sexta categoría las comisiones percibidas por agentes comisionistas de firma, por los artículos vendidos.”

Además estima que la tercera categoría comprende a los comisionistas sólo cuando sus actividades son más que su trabajo personal y adquieren el carácter de comerciales, pues la ley atiende al origen de la renta, haciendo una clara distinción entre las que provienen del trabajo y las originadas en el capital, comercio o minería.¹⁹³

Los fundamentos del fallo sobre la supuesta distinción del legislador son escasos y sin sustento legal.¹⁹⁴

4.3.2.2 Habitualidad de las operaciones.

La Corte ha afirmado que “es comisionista quien recibe comisiones, aunque no sea habitualmente, especialmente si se tiene en cuenta que no siendo propio de los contadores recibir comisiones en razón de su profesión.”¹⁹⁵ Sin embargo, es bastante

¹⁹³ Esta es la postura del Servicio (Circular N° 43 de 6 de enero de 1960 y resolución N° 5.951 de 1947). Ésta última dice: “distinto sería si se tratara de una persona que tuviera una organización comercial con personal que lo secundara, que hubiera invertido capital. En tal caso, no sería exclusivamente su esfuerzo y conocimientos personales por los cuales se habrían obtenido las remuneraciones, sino que, además, el conjunto de factores de orden mercantil y se estaría en la presencia de un comisionista gravado en la tercera categoría.

¹⁹⁴ La Revista de Derecho y Jurisprudencia cita, entre otros, los siguientes fallos en el mismo sentido: Casación en el fondo, 16 mayo 1960, Kelter con Impuestos Internos. Ob. Cit. y Corte Suprema, 8 mayo 1962, Garnham con Impuestos Internos, Ob. Cit.

¹⁹⁵ Casación en el fondo, 29 julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos, Ob. Cit.

pobre la interpretación de la Corte, en el sentido de establecer que por el solo hecho de obtener una comisión alguien es un comisionista, sin atender los elementos esenciales de la institución.

4.3.2.3 Otros requisitos.

En la jurisprudencia se mencionan como criterios de distinción la cantidad de operaciones efectuadas, tener patente, estar inscrito en registro de comisionistas y el auxilio de personal o empleados. Los fallos no explican su origen, definición, o en qué momento se entienden presentes estas circunstancias. Por ejemplo, la Corte establece, como hechos importantes de la causa, que el contribuyente compra y vende a nombre de varias firmas, mantiene oficinas, paga patente, tiene un contador a sueldo, ayuda de terceros y cuenta con capital. También se hace referencia a ellos en términos cuenta con “ayuda de terceros”, “una secretaria”, etc.¹⁹⁶

El objetivo de la jurisprudencia al usar esta distinción, es el mismo examinado al hablar del capital: gravar correctamente al comisionista, el cual, al reunir las circunstancias de vender a comisión, usando capitales, empleados y trabajo ajeno, pierde la naturaleza jurídica tributaria de comisionista para convertirse en comerciante.¹⁹⁷

4.3.2.4 Oficina establecida.

4.3.2.4.1 Planteamiento del problema.

La clasificación del comisionista, como se puede apreciar, fue tantas veces acogida como rechazada en la jurisprudencia. De esta forma, se transformó en un problema interpretativo que exigía una solución legal. Esta fue dada por la Ley de la Renta N° 15.564 de 1964, 40 años después de la primera Ley de la Renta.

Esta Ley, en el aspecto de la comisión, realiza dos cambios importantes: disminuye de seis a dos categorías y en su primera categoría, grava al “comisionista con oficina

¹⁹⁶ Casación en el fondo, 26 diciembre 1955, Aninat con Impuestos Internos, Ob. Cit. Considerando 7º del fallo de la Corte de Apelaciones.

¹⁹⁷ Casación en el fondo, 9 enero 1952, Compañía distribuidora con Impuestos Internos. Ob. Cit. Sección Doctrina y Considerando 5º.

establecida”. Mediante estas modificaciones, la jurisprudencia recogió el debate sobre la distinción de los comisionistas.

De todos los criterios jurisprudenciales que distinguen a los comisionistas entre empresarios y profesionales, la oficina establecida es el único que logró ser plasmado en la ley N° 15.564, que grava las rentas del comisionista “con oficina establecida” en primera categoría.

4.3.2.4.2 Posturas de la jurisprudencia.

La jurisprudencia tiene puntos de vistas vacilantes sobre la oficina establecida.

I. El recurrente, comisionista en frutos, compra y vende a nombre de varias firmas, que mantiene oficinas, deja de ser comisionista y se convierte en empresario.¹⁹⁸

Y al contrario, el comisionista que no tiene capital, oficina, ni patente de comisionista, está gravado en la sexta categoría.¹⁹⁹

II. La oficina establecida no es suficiente para que tribute en tercera categoría. “...aunque arrienda una oficina y tiene empleados, esto no significa que su actividad constituya una industria o un comercio que deba tributar en la tercera categoría”.²⁰⁰

En un sentido distinto, la Corte establece que “es comisionista quien trabaja para firmas comerciales, tiene oficina establecida, paga patente, participa de sus comisiones a diversas personas y tiene personal a sus órdenes. En consecuencia, debe tributar en tercera y no sexta categoría.”²⁰¹

¹⁹⁸ Corte Suprema, 26 de diciembre 1955, Aninat con Impuestos Internos, Ob. Cit, Considerando 7º del fallo de la Corte de Apelaciones.

¹⁹⁹ Casación en el fondo, 25 octubre 1960, Arreco con Impuestos Internos. RDJ, LVII, Segunda parte, Sección primera, Página 290. En la sección Doctrina se estima lo siguiente: Las categorías corresponden a diversa naturaleza de fuentes. La aplicación correcta de la Ley de Impuesto a la Renta exige que se distinga entre las rentas del trabajo, capital, actividad empresarial y organización comercial.

²⁰⁰ Casación en el fondo, 8 mayo 1962, Garnham con Impuestos Internos, Ob. Cit. Este es uno de los fallos más reprochables, ya que, por una parte, descarta la comisión sin analizar los elementos de la esencia del contrato o lo taxativo o no que es el Artículo 236; no explica en forma satisfactoria las razones para descartar la comisión. El análisis tributario es hecho sin una base de derecho común, pues no se ha interpretado siguiendo las reglas del Código Civil, con el fin de determinar legalmente qué institución jurídica se está gravando. Y sobre la categoría en que debe tributar el comisionista, interpreta de forma incorrecta la literalidad e historicidad del Artículo, al gravar al comisionista en forma expresa.

²⁰¹ Corte Suprema, 16 de mayo de 1960, Kelter con Impuestos Internos, Ob. Cit, Sección Doctrina y Considerando 2º.

Este fallo demuestra una desorientación aún mayor de la jurisprudencia. El núcleo de la discusión es determinar si el contribuyente es un comisionista, para lo cual establece como hechos varias circunstancias, ya no para distinguir entre un comisionista empresario y uno no empresario, como se hace en la mayoría de los fallos, sino para la interpretar la naturaleza jurídica del contribuyente.

Se puede concluir, que el fin general de la distinción hecha por la Corte (con la excepción de la sentencia anterior), es establecer que los comisionistas con oficina (junto a otras circunstancias al parecer) están gravados, respectivamente, por la tercera y sexta categoría respectivamente.

4.3.2.4.3 Diversos aspectos de la oficina establecida.

La personalización del gravamen. La Ley de la Renta grava en primera categoría las rentas del comisionista con oficina. Es decir, la exigencia principal del gravamen es que el contribuyente sea un comisionista, lo que significa continuar desconociendo el carácter objetivo del Código de Comercio y por ende, del contrato de comisión.

El criterio “oficina establecida” es insuficiente. La ley no menciona qué se entiende por oficina, por lo que su definición queda a cargo de Impuestos Internos, quien lo ha hecho de forma amplia. ¿Puede la casa del comisionista constituirse en oficina?

La ley no regula el título al cual debe estar establecida la oficina, por lo que podría estar sujeto al gravamen tanto el comisionista mero tenedor, como el propietario. Tampoco se regula el tamaño, por lo que podría tributar en primera categoría tanto el comisionista con una oficina de 20 m² como el que usa una de 200 m².

El término establecida también ofrece dificultades. En consecuencia, como ambos términos no están definidos en la ley ni en un reglamento, deberán entenderse según el sentido natural y obvio, de acuerdo al Artículo 20 del Código Civil.

En definitiva, la definición de los términos “comisionista con oficina establecida” es la siguiente: el vocablo comisionista debe ser definido según el Código de Comercio y “oficina establecida”, de acuerdo al sentido natural y obvio.

La definición de estos vocablos es solo una parte de la interpretación. El definir los términos constituye la etapa gramatical de la interpretación, la cual se complementa con las etapas sistemática e histórica.

En el caso en estudio, la definición gramatical se ha logrado con la sistematicidad del ordenamiento jurídico, es decir, con la integración de diversos cuerpos legales. La etapa hermenéutica histórica es la que requiere mayor cuidado, y la que se ha explicado en parte.

4.3.2.4.4 Oficina establecida e IVA.

Actualmente, la Ley de la Renta grava las rentas a los comisionistas en primera y segunda categoría. Impuestos Internos estima que por regla general, tales ingresos deben clasificarse en la Primera Categoría, (Artículo 20 N° 4). Excepcionalmente, se clasifican segunda categoría, concurriendo las siguientes condiciones:

- a) Que el comisionista sea persona natural;
- b) Que no tenga oficina establecida;
- c) Que no emplee capital en su actividad de comisionista para financiar las operaciones propias o ajenas; y
- d) Que la actividad de comisionista se ejecute en forma personal sin intervención de empleados o terceras personas.

Luego, el tratamiento del IVA depende de la categoría en que se clasifique la renta: si en primera, será gravada con IVA, de acuerdo al artículo 2 N° 2 del DL N° 825 de 1974, Ley de Impuesto al Valor Agregado. Si en segunda, constituirá un hecho no afecto.²⁰²

Esta postura desconoce lo realizado por la Ley de la Renta N° 15.564 de 1964. Esta, como se dijo, grava en primera categoría las rentas del comisionista con oficina establecida. Esta ley recoge la distinción jurisprudencial entre los comisionistas empresarios y no empresarios, y decide expresar en el texto legal una de las circunstancias que según las Cortes y el Servicio distinguían entre estos.

²⁰² Oficio N° 854 de 2008.

La actual Ley de la Renta regula la institución de la misma forma, siendo la oficina establecida el único requisito legal que permite clasificar la renta de un comisionista en primera o segunda categoría.

Por lo tanto, el resto de exigencias que menciona el SII para que la renta del comisionista se grave en segunda categoría, son resabios de una interpretación previa a las Leyes de la Renta mencionadas.

Una interpretación más ajustada al texto de la ley realiza la Corte, al establecer que un agente de seguros es un comisionista²⁰³, y que, al contar con una oficina establecida, está gravado en primera categoría.

Sin embargo, comete un error de interpretación, que no justifica, al indicar que si un agente de seguros es persona jurídica, está expresamente incluida en primera categoría, lo que, como se vio, no es cierto. En consecuencia, la Corte busca el hecho de la oficina establecida solo en caso que se trate de un comisionista persona natural.

4.3.2.4.5 Conclusiones.

La oficina establecida es el único criterio que permite clasificar las rentas del comisionista en primera categoría. Sin embargo, esto, por sí solo, es insuficiente, pues es necesario que esta circunstancia sea reglamentada al menos en su definición y requisitos.

4.3.2.5 Supuesta protección del comisionista no empresario.

Algunos fallos clasifican los comisionistas entre profesionales y empresarios con el fin de proteger a los primeros.

De esta manera, la Corte estima que "...A menos de quebrantar la ley N° 7144, no puede aplicarse el impuesto que ella crea a los beneficios derivados de las industrias o negocios... ..a los comisionistas... Excepción lógica porque las utilidades que estos

²⁰³ Casación En El Fondo. Blackwood con Impuestos Internos. Rol 147-04. Encontrado en el sitio Web del Servicio de Impuestos Internos: <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/2004/renta/ij1832.htm>, Considerando 15°. Esto es, una persona que se encarga de desempeñar comisiones mercantiles, en este caso, por cuenta de una entidad aseguradora, y que recibe una comisión como remuneración o pago por dicha función." El fallo realiza, además, una excelente interpretación del derecho comercial, al determinar por los elementos de la esencia del negocio del agente de seguros con la aseguradora que se trata de una comisión.

obtienen dependen más de su inteligencia e iniciativa que del dinero que emplean en sus ocupaciones, y real porque la proporción de las utilidades con respecto al capital que el legislador toma en cuenta para calificar los beneficios de excesivos, no encuadra ni tiene relación de dependencia entre el dinero que se emplea y la renta que se obtiene en esta clase de actividades.²⁰⁴

Esta interpretación llega a una conclusión correcta por las razones equivocadas. El comisionista está gravado expresamente en la segunda parte. Y a la vez siempre es comerciante: obtiene rentas del comercio, pues sus ingresos provienen del ejercicio de actos de comercio.

El fallo distingue donde la ley no lo hizo, en la creencia de que un comisionista es una persona natural que trabaja con su esfuerzo. Sin embargo, ni el Código de Comercio ni la Ley de la Renta excluyen que una persona jurídica con capital pueda ser un comisionista.

4.3.3 Impuesto adicional.

La Ley de la Renta establece el impuesto adicional. El título IV, Artículo 59 N° 2 exime las comisiones de impuesto adicional en los siguientes términos:

“2) Remuneraciones por servicios prestados en el extranjero. Con todo, estarán exentas de este impuesto las sumas pagadas en el exterior por fletes, por gastos de embarque y desembarque, por almacenaje, por pesaje, muestreo y análisis de los productos, por seguros y por operaciones de reaseguros que no sean de aquellos gravados en el número 3 de este artículo, **comisiones**²⁰⁵...Para gozar de esta exención será necesario que las respectivas operaciones sean informadas al Servicio de Impuestos Internos en el plazo que éste determine así como las condiciones de la operación, pudiendo este Servicio ejercer las mismas facultades que confiere el artículo 36, inciso primero.”

²⁰⁴ Corte Suprema, 9 de enero de 1952, Distribuidora Nacional con Impuestos Internos, Ob. Cit, Considerando 3º.

²⁰⁵ Negrilla agregada por el tesista.

Este numeral es interpretado de forma unánime por la jurisprudencia judicial y administrativa, en el sentido de identificar esta voz comisión como la regulada por el Código de Comercio.²⁰⁶ Sin embargo, ningún oficio explica el porqué.

Tampoco hay historia de la ley que pueda ayudar a responder esta pregunta. La comisión ha estado exenta de impuesto adicional desde 1974. Las anteriores Leyes de la Renta no habían establecido tal exención de impuesto adicional.

Requisitos de la exención.

Para que la comisión esté exenta, la ley exige que:

a) Se trate de comisiones; b) hayan sido autorizadas previamente por el Banco Central de Chile; y c) sean verificadas por los organismos oficiales correspondientes.²⁰⁷

De este modo, el Servicio interpreta como comisión mercantil, que originan el pago de una comisión exenta los siguientes negocios:

- Agencia en que un banco extranjero presta valores a deudores aprobados por el banco local.²⁰⁸

²⁰⁶ El SII, más que unanimidad, utiliza sin mayor reflexión los mismos argumentos en todas las situaciones similares.

²⁰⁷ Oficio N° 844 de 2001. Estos requisitos son parte de casi todo oficio que se refiera al Artículo 59 N° 2 sobre comisión. A continuación, una transcripción de estos argumentos:

“Ahora bien, respecto del primer requisito, cabe expresar que este Servicio ha establecido que el término “comisión” que utiliza la norma legal en estudio, debe entenderse delimitado a aquellas comisiones que tienen el carácter de mercantiles de acuerdo a lo que establece sobre esta materia el Código de Comercio. En efecto, el artículo 233 del citado Código define al mandato comercial como: “Un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño”. Por su parte, el artículo 235 del referido Código establece que: “El mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas”. Por lo tanto, para saber si en un caso determinado se está en presencia de una “comisión” hay que determinar previamente si la operación encomendada es de carácter mercantil.

Respecto de esta misma materia, debe tenerse presente lo dispuesto en el inciso segundo del N° 1 del artículo 3° del Código de Comercio, interpretado a contrario sensu, disposición legal -que la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia ha extendido a todo el derecho comercial-, que presume mercantiles todos los actos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una empresa comercial, aunque por su naturaleza pudieren calificarse de civiles.

En relación con el segundo requisito que exige la norma legal en cuestión, esto es, que la respectiva operación haya sido autorizada por el Banco Central de Chile, cabe señalar que este tipo de operaciones, considerando la actual normativa cambiaria vigente, no requiere de una autorización expresa por parte de dicho instituto emisor, encontrándose autorizadas de pleno derecho, en la medida que se encuentren amparadas en la normativa legal e instrucciones de competencia del organismo contralor antes mencionado.

En cuanto al tercer requisito que exige la citada norma legal, este Servicio impartió instrucciones sobre su alcance y cumplimiento mediante la Circular N° 52, de 1992, complementada por la Circular N° 8, de 1993, publicadas en los boletines que publica mensualmente este Organismo de los meses de Diciembre y Enero de los años respectivos.

- Préstamo en que el banco extranjero actúa como deudor principal, mientras presta dinero a terceros.²⁰⁹
- Administración de parte de las reservas internacionales del Banco Central.²¹⁰
- La colocación de bonos y tramitación de préstamos extranjeros. Las sumas pagadas en el exterior comprende las comisiones remesadas desde el país y las retenidas en el exterior en las liquidaciones practicadas por los mandatarios.²¹¹
- Las comisiones que paguen las AFP por los servicios de custodia e inversión prestados por instituciones extranjeras. Sin embargo, la custodia, por sí sola, no es un acto de comercio, por lo tanto, la remuneración de ella no es comisión.²¹²
- Las remesas de las AFPs por “Servicio de custodia” son la remuneración de una comisión.
- La representación de una constructora hecha por una comisionista extranjera ante una constructora, con el fin de adjudicarse un proyecto.²¹³

El SII presume la mercantilidad de los actos complementarios de las operaciones de una empresa comercial, aunque su naturaleza sea civil. Afirma que la jurisprudencia ha extendido esta interpretación a todo el derecho comercial.

Una *Market Finder*²¹⁴, comercia la oferta de vendedores, recibiendo pedidos y ofertas de distintas mercaderías (oro, divisas, petróleo y sus derivados, urea, azúcar, arroz,

²⁰⁸ Oficio N° 4.419 de 1992, Boletín SII N° 471, febrero 1993.

²⁰⁹ Oficio N° 4.419 de 1992, Boletín SII N° 471, febrero 1993.

²¹⁰ Oficio N° 4.419 de 1992, Boletín SII N° 471, febrero 1993.

²¹¹ Oficio N° 2.313 de 1997. En un sentido similar, el Oficio N° 1.062 de 1999, que también incluye la administración de bonos. Tampoco están afectos al IVA. Circular N° 2.083 de 1987, Circular N° 52 de 1992, complementada por la Circular N° 8 de 1993, y por los Oficios N° 4.444 de 1986 y N° 2.313 de 1997.

²¹² Oficio N° 4.608 de 1992, Boletín SII N° 470, enero 1993 y Oficio N° 88 de 1993. En virtud de la ley N° 18.964 de 1990, que modificó el DL 3.500 de 1980 y por el DS N° 52, sobre Reglamento de Inversión de los Fondos de Pensiones en el extranjero. Cuando los servicios de inversión y custodia son realizados por la misma persona, su remuneración constituye comisión. Sin embargo, si una persona presta exclusivamente el servicio de custodia, este encargo no es un mandato mercantil, y la remesa de la AFP no tendrá la naturaleza jurídica de comisión, por lo que no estará exenta del Impuesto Adicional.

²¹³ Oficio N° 379 de 2000, Boletín SII N° 166 página 555, febrero 2000. Sin embargo el SII no cita siquiera una sentencia que ratifique lo dicho. Esta es una afirmación que se reitera en la jurisprudencia sobre el Artículo 59 N° 2. Si bien este no es el lugar para analizar esta afirmación, la interpretación a contrario sensu del Artículo 3° N° 1 inciso 2° es, por lo menos, discutible.

²¹⁴ Buscador de mercados.

etc.). Dichos pedidos puede venir de un mandatario del comprador o del vendedor u otro intermediario que ha recibido el requerimiento de compra o de venta. Realizada la operación, percibe una remuneración por su trabajo.²¹⁵

La remuneración por gestión de venta de Dore²¹⁶ en el exterior.²¹⁷

El SII ha señalado que la comisión abarca al contrato de comisión propiamente tal, y también otras figuras, como el corretaje de propiedades, agentes de comercio, martilleros, etc.²¹⁸

En cambio, el SII considera que no constituye comisión mercantil los siguientes negocios:

- La remuneración de negocios civiles. Esto se fundamenta, como se dijo, en la enumeración del artículo 3° del Código de Comercio que define como actos de comercio. Tampoco puede presumirse que dicho mandato sea mercantil, pues la consultante no es una empresa.²¹⁹
- Las gestiones de comercialización y marketing de Innovación Tecnológica en la minería, destinada a mejorar uno de los procesos utilizados en la obtención del producto final.²²⁰

La explicación es muy sencilla. El Servicio estima solamente que el mandato encomendado corresponde a una operación civil, pues esta no se encuentra en el artículo 3° del Código de Comercio.

²¹⁵ El modo específico de trabajo es el contacto en busca de lo solicitado, basado en descuentos, destinos, etc. generando una cadena de intermediarios, que de concluirse la operación, recibirán su comisión. Por el total de intervinientes, se nombran los Paymaster por grupos quienes, una vez recibida la comisión, deberán pagar su comisiones a cada miembro del grupo. Las comisiones son pagadas por el comprador.

El SII responde que la remuneración de estas comisiones está exenta de Impuesto Adicional, por tratarse de las comisiones reguladas en el Código de Comercio.

²¹⁶ El Dore es una mezcla de oro y plata, por ejemplo 2,6% de oro y 96,4% de plata.

²¹⁷ Oficio N° 4.062 de 2000.

²¹⁸ Oficio N° 1.582 de 2008.

²¹⁹ Oficio N° 844 de 2001. Si bien el argumento teórico es correcto, la interpretación de los hechos es incorrecta, pues la operación consultada constituye una comisión para comprar, puesto que se indica claramente la naturaleza y la calidad de la mercadería; el precio al cual debe ajustarse la operación, y la aceptación del encargo por el corredor mediante la suscripción del documento. Se cumplen los requisitos de la esencia: mandato específico y comercial.

²²⁰ Oficio N° 2.116 de 2010. En el mismo sentido el Oficio N° 844, aunque este no describe en qué consiste el mandato que interpreta como civil.

- La inspección y certificación de la condición de naves en cumplimiento a estándares técnicos vigentes.²²¹
- Sobre las tarjetas de crédito, el Servicio analiza individualmente los cargos por compras, por pagar en moneda distinta al dólar y por avance.²²²

Los cargos por compras²²³ y por pagar en moneda distinta al dólar²²⁴ son remuneraciones gravadas con impuesto adicional. Los cargos por avance, sin embargo, están exentos.²²⁵

4.3.4 Situación de los reembolsos.

En el desempeño de su mandato, el comisionista debe, con frecuencia, incurrir en gastos para llevarlo a cabo: gastos de transporte, pago de aduana, peajes, impuestos, etc.

El mandante tiene la obligación de reembolsar al comisionista los gastos en que incurrió para cumplir el encargo. En tal caso, surge la duda si el comisionista ve gravado este reembolso.

Las jurisprudencias judicial y administrativa han resuelto uniformemente este importante aspecto de la comisión, en el sentido de no gravar con impuesto a la renta o al IVA los ingresos percibidos por el comisionista que correspondan a reembolsos de gastos.

Así lo determina la Corte en los casos de estiba y desestiba de naves, realizados por un comisionista "...no pueden lógicamente calificarse de intereses, primas, comisiones ni de forma alguna de remuneración..."²²⁶ y "que tampoco puede estimarse que las

²²¹ Oficio N° 2.620 de 2003. No es comisión mercantil la remesa producto del mandato suscrito con una sociedad extranjera, ya que clasificar e inspeccionar naves no es acto de comercio. En el mismo sentido, Oficio N° 2.622 de 1996.

²²² Oficio N° 3.174 de 2006.

²²³ El banco extranjero, emisor de la tarjeta usada en Chile, percibe un porcentaje de la compra,²²³ la cual no es pagada por Transbank, sino que es descontada por el propio emisor al remesar a Chile el valor de la operación.

²²⁴ El uso de tarjetas emitidas en Chile en el extranjero, para pagar en moneda distinta al dólar.

²²⁵ Pagos hechos al banco donde se realiza el avance en el exterior a través de la Asociación (Visa o MasterCard). Las operaciones de tarjetas de crédito son actos de comercio²²⁵, por lo cual la remuneración

²²⁶ Casación en el fondo, 5 agosto 1957, Chadwick Herrera y Cía. Limitada con Impuestos Internos. RDJ, LIV, Segunda parte, Sección primera, Página 144, Considerando 8º.

actividades que viene tratándose de la firma reclamante importen el ejercicio de la industria o del comercio que signifiquen renta gravada con el impuesto a la tercera categoría, desde que los armadores reembolsan a la firma los gastos que esta hace en su representación, en la estiba y desestiba de las naves;²²⁷

El Servicio, por su parte, concluye que la recuperación de gastos no se grava con IVA, pues los desembolsos son sumas pagadas para contratar servicios por cuenta de su mandante, respecto de los cuales, el mandatario no es prestador.²²⁸

Tampoco se grava con Impuesto Adicional, siempre que se trate del reembolso de gastos de un mandato desempeñado en el extranjero, es decir, no correspondan a la remuneración por los servicios prestados en el extranjero por el comisionista.²²⁹

²²⁷ Casación en el fondo, 11 junio 1958, Sociedad Kenrick y Compañía Limitada con Impuestos Internos. RDJ, LV, Segunda parte, Sección primera, Página 122., Considerando 13º. En el mismo sentido, Casación en el fondo, 24 junio 1959, Gianoli, Mustakis y Compañía Limitada con Impuestos Internos. RDJ, LVI, Segunda parte, Sección primera, Página 35, Considerandos 8º, 10 y 11.

²²⁸ Oficio N° 1.828 de 27 de mayo de 2009, MANUAL DE CONSULTAS TRIBUTARIAS, SEPTIEMBRE 2009.

²²⁹ Oficio N° 2.111 de 24 de junio de 2009. Los gastos en que incurre cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 2158 del Código Civil. El tema principal del oficio es el reembolso de los gastos. El SII enumera todos los requisitos de la operación, lo que no es pertinente para este estudio.

Conclusiones.

En Chile, la comisión es un contrato en el cual una persona encarga a otra la ejecución de un negocio comercial determinado. Esta definición responde a la postura objetiva del Código de Comercio chileno, en contraposición con la subjetividad de los derechos francés y español.

Los elementos de la esencia son la comercialidad y determinación del mandato.

El derecho tributario nacional interpreta la voz comisión en una forma amplia y en una restringida. El uso de la primera se justifica principalmente en que la comisión no está regulada en la Ley de la Renta, ante lo cual debe aplicarse el sentido natural y obvio del término, definiciones del diccionario, etc.

La interpretación amplia permite que actos o negocios que cumplen con los requisitos de la esencia de la comisión se interpreten de forma distinta a ella y viceversa, aquellos que no cumplen con aquellos requisitos, sean interpretados como tales. De esta forma, por ejemplo, se puede interpretar como comisionista a aquella persona que desempeña actos civiles a nombre de otro. Esto desecha la exigencia de la comercialidad, establecida claramente en esta tesis.

En las primeras Leyes de la Renta, el comisionista era gravado en la tercera categoría, como rentas del comercio y de la industria. Posterior y actualmente, puede tributar tanto en primera categoría como renta del capital o en segunda, como renta profesional.

Esta forma de gravar la institución, de manera tan simple, trajo múltiples consecuencias, emanadas de una mala interpretación comercial de la institución:

El comisionista puede perder su naturaleza jurídica de tal si concurren algunas circunstancias tales como contar con capital, obtener una gran renta, hacerlo de forma habitual, contar con ayuda de terceros, tener una oficina establecida.

Y al contrario, aquel comisionista profesional, opuesto al empresario recién descrito, deja de ser gravado en la tercera categoría (que lo grava expresamente), para ser gravado en la sexta categoría, la de los profesionales.

Estos criterios de distinción son creaciones de la jurisprudencia. Por ese motivo, en 1964, la Ley de la Renta N° 15.564 recoge esta discusión y decide que la única circunstancia que distinguiría a los comisionistas será la “oficina establecida”.

Sin embargo, esta regulación, que se mantiene hasta hoy, es insuficiente, pues no define el término ni establece límites claros, como a qué título se tiene, el tamaño, el valor, etc. Es decir, el intérprete difícilmente puede establecer quién cuenta o no, con oficina establecida.

Por otro lado, la interpretación de la comisión de la Ley de la Renta como el contrato del Código de Comercio, correcta de acuerdo a lo ya estudiado, permite llegar a las conclusiones tributarias correctas.

Esto tiene una importancia que va más allá de la Ley de la Renta, ya que el comisionista clasificado en la tercera categoría además será sujeto de IVA. Creemos que esta es la trascendencia de la última modificación sobre el impuesto a la comisión.

Impuesto adicional.

La comisión que indica el Artículo 59 N° 2 de la Ley de la Renta es la regulada por el Código de Comercio. Las interpretaciones judicial y administrativa así lo interpretan, de manera uniforme. Aunque estimamos el fundamento de porqué en este caso se trata de esa comisión es inexistente.

Reembolsos.

Cuando el comisionista cobra a su mandante los gastos por separado de su remuneración, solo esta última está gravada con el impuesto correspondiente.

Para concluir, es evidente que gravar al “comisionista” es incorrecto, pues nuestro derecho comercial no regula un tipo de personas, sino actos jurídicos. Esto no es reconocido por la Ley de la Renta, que, exceptuando la comisión en el impuesto adicional, no grava la renta del comisionista, sino al comisionista mismo.

Bibliografía.

5.1 Manuales.

AGUIRRE, CARLOS. Naturaleza jurídica de la Comisión mercantil. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, primera edición, Imprenta Reguía, 1940.

ANGULO RODRÍGUEZ, LUIS. Capítulo 61, el Contrato de Comisión del libro de Jiménez Sánchez, Guillermo. Derecho mercantil, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1992.

CHARAD, EMILIO. El Código Tributario: texto actualizado, concordancia con la legislación tributaria en general, instrucciones oficiales del Servicio de Impuestos Internos, dictámenes y comentarios.

CODE DE COMMERCE, edición 2005, Dalloz, Paris, 2005.

DELAMARRE ET LE POITVIN, Traité du contrat du commission. N. Delamotte Ainé, Paris, 1840.

DELAMARRE, EMMANUEL. Traité théorique et pratique de droit commercial: nouvelle édition comprenant dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre Du contrat de commission, ou, Des obligations conventionnelles en matière de commerce, 6 v. C. Hingray, Paris, 1861.

ECHEVARRI Y VIVANCO, JOSE MARIA. Comentarios al Código de Comercio. Tomo tercero, segunda edición, Imprenta y Librería de Andrés Martín, Valladolid, 1925.

ENCINA, CARMEN, Los comisionistas para vender, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1948.

FIGUEROA, PATRICIO. Manual de Derecho Tributario. El impuesto a la renta, 2ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1997.

GARRIGUÉS, JOAQUÍN. Curso de Derecho mercantil, v. 4, séptima edición, Editorial Temis, Bogota, 1987.

LYON-CAEN, CH. Y RENAULT L. Traité de droit commercial, tercer tomo, 5ª edición, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1923-1934.

MALAGARRIGA, CARLOS. Tratado elemental de Derecho comercial, v. 2, tercera edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963.

MASSONE, PEDRO. Principios de derecho tributario, 2ª edición, Edeval, Valparaíso, 1979.

MESTRE, JACQUES ET PANCRAZI, MARIE-ÈVE. Droit commercial, Droit interne et aspects de Droit international, 27ª edición, LGDJ, Paris, 2006

MUÑOZ, LUIS. Los contratos mercantiles en particular, v. 2. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.

OCAMPO, GABRIEL. Proyecto del Código de Comercio.

OCAMPO, GABRIEL. Proyecto del Código de Comercio, Cuaderno VII, del Mandato Comercial. Artículos 233 al 292.

OLAVARRIA, JULIO. El mandato comercial. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Talleres Gráficos Gutenberg, Santiago, 1936.

Ordenanzas de Bilbao, 1737.

PEDAMON, MICHEL, Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce, 2ª edición, Dalloz, Paris, 2000.

RIPERT, GEORGE. Traité élémentaire de Droit Commercial, v. 2, décimo primera edición, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1988.

RIVAROLA, MARIO. Tratado de derecho comercial argentino, tomo III, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

SANDOVAL, RICARDO. Manual de Derecho Comercial, tomo I, primera edición. Editorial Jurídica, Santiago, 1981.

STITCHKIN, DAVID B. El mandato civil, 3ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1975.

TROPLONG, RAYMOND. Commentaire du Mandat, Meline. Cans et Compagnie. Bruselas, 1847.

URÍA, RODRIGO. Derecho mercantil, vigésimo séptima edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, Barcelona, 2000.

VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN. Curso de derecho mercantil comparado, tomo segundo, Tip. La académica, Zaragoza, 1945.

ZAVALA RODRIGUEZ, CARLOS JUAN. Código de Comercio y leyes complementarias, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967.

www.legifrance.gouv.fr, consultado por última vez en julio de 2011.

5.2 Leyes.

Ley de la Renta Nº 3.996 de 1924.

Ley de la Renta Nº 5.169 de 1933.

Ley de la Renta Nº 6.457 de 1940.

Ley Nº 7.144 de 1942. Impuesto a los beneficios excesivos.

Ley de la Renta Nº 8.419 de 1946.

Decreto Supremo Nº 2.106 de 1954.

Ley Nº 15.564 de 1964.

DL 824 de 1974.

DL 825 de 1974.

5.3 Jurisprudencia

Revista de Derecho y Jurisprudencia, años 1941-2006.

Gaceta jurídica, revista Nº 1 a Nº 349, años 1980 a 2009.

Fallos del mes, años 1958- 2007.

Gaceta jurídica en línea (Legal Publishing)²³⁰

5.4 Sentencias.

Casación en el fondo, 13 diciembre de 1940, Mella con Impuestos Internos. RDJ, XXXVIII, Segunda parte, Sección primera, Página 523.

Casación en el fondo, 23 mayo de 1951, Munchmeyer y otros con Impuestos Internos. RDJ, XLVIII, Segunda parte, Sección primera, Página 134.

Casación en el fondo, 9 enero 1952, Compañía distribuidora con Impuestos Internos. RDJ, XLIX, Segunda parte, Sección primera, Página 10.

Casación en el fondo, 14 enero 1953, Compañía Frutera Sud Americana con Impuestos Internos. RDJ, L, Segunda parte, Sección primera, Página 61.

Casación en el fondo, 13 mayo 1953, Sociedad Lange con Impuestos Internos. RDJ, L, Segunda parte, Sección primera, Página 142.

Casación en el fondo, 29 julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos. RDJ, LI, Segunda parte, Sección primera, Página 297.

Casación en el fondo, 15 noviembre de 1954, Compañía Distribuidora Nacional con Impuestos Internos. RDJ, LI, Segunda parte, Sección primera, Página 577.

Casación en el fondo, 13 abril 1955, Importadora chilena SA con Impuestos Internos. RDJ, LII, Segunda parte, Sección primera, Página 60.

Casación en el fondo, 26 diciembre 1955, Aninat con Impuestos Internos. RDJ, LII, Segunda parte, Sección primera, Página 420.

Casación en el fondo, 5 agosto 1957, Chadwick Herrera y Cía. Limitada con Impuestos Internos. RDJ, LIV, Segunda parte, Sección primera, Página 144.

Casación en el fondo, 11 junio 1958, Sociedad Kenrick y Compañía Limitada con Impuestos Internos. RDJ, LV, Segunda parte, Sección primera, Página 122.

²³⁰ <http://productos.legalpublishing.cl/Productos/ProductosSuscritos.asp?1436086>, consultado en julio de 2011.

Casación en el fondo, 24 junio 1959, Gianoli, Mustakis y Compañía Limitada con Impuestos Internos. RDJ, LVI, Segunda parte, Sección primera, Página 35.

Casación en el fondo, 16 mayo 1960, Kelter con Impuestos Internos. RDJ, LVII, Segunda parte, Sección primera, Página 80 y Fallos del mes, Mayo 1960, N° 18, Página 33, s. 1. 16 mayo 1960, rol N° 4331.

Casación en el fondo, 4 octubre 1960, Larraguirre y Cía. y otros con Impuestos Internos. RDJ, LVII, Segunda parte, Sección primera, Página 259. En el mismo sentido RDJ, LX, Segunda parte, Sección primera, 422.

Casación en el fondo, 25 octubre 1960, Arreco con Impuestos Internos. RDJ, LVII, Segunda parte, Sección primera, Página 290.

Casación en el fondo, 8 mayo 1962, Garnham con Impuestos Internos. RDJ, LIX, Segunda parte, Sección primera, Página 131 y Fallos del Mes, Mayo de 1962, N° 42, Página 59, 8 mayo 1962, rol N° 4977.

Corte de Santiago, 9 octubre 1963, Oyanedel Vargas y Cía. con Impuestos Internos. RDJ, LX, Segunda parte, Sección segunda, Página 125.

Casación en el fondo, 13 mayo 1964, Cox con Impuestos Internos. RDJ, LXI, Segunda parte, Sección primera, Página 88.

Casación en el fondo, 18 mayo 1964, J. Spoerer y Cía. Ltda. con Impuestos Internos. RDJ, LXI, Segunda parte, Sección primera, Página 101.

Casación en el fondo, 23 julio 1965, Banco Español-Chile con Impuestos Internos. RDJ, LXII, Segunda parte, Sección primera, Página 232.

Casación en el fondo, Sercomet Limitada con Impuestos Internos. Rol N° 17.150_90, de 29 de abril de 1985, CORTE SUPREMA. GJ, N° 58 Página 178.

Casación en el fondo, Moya con Impuestos Internos. Rol N° 17.151, de 29 de abril de 1987, Corte Suprema. GJ, 82 Página 109.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 14 de abril de 1993, Rol 669 de 1993. Encontrado en la base de datos de Legal Publishing/ Alebedo Perrot con el N° 28850.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5952-90, de 16 de abril de 1993. GJ, 154 Página 126.

Casación en el fondo. Sociedad Antonio Yeza y Compañía Limitada con Nortina S.A. Rol N° 16.634-93 de 27 de octubre de 1993. RDJ, XC, Sección segunda primera parte Página 117, y GJ, N° 161 Página 49.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7429-92, de 8 de abril de 1994, Agencias Skorprios con Impuestos Internos. GJ, 229 Página 193.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7181-98, de 28 de noviembre de 2000. GJ, 246 Página 92.

Casación en el fondo, Muñoz con Oliva. Rol 3773-2000, de 31 de julio de 2001. Encontrado en la base de datos de Legal Publishing/ Alebedo Perrot con el N° 19096.

Corte De Apelaciones De Valdivia, Calle Calle Corretajes S.A. con Impuestos Internos. Rol 13.454-02, de 16 de abril de 2003. Encontrado en el sitio Web del Servicio de Impuestos Internos:
<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/2003/renta/jj1636.htm>

Casación En El Fondo. Blackwood con Impuestos Internos. Rol 147-04, de 28 de septiembre de 2004. Encontrado en el sitio Web del Servicio de Impuestos Internos:
<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/judicial/2004/renta/jj1832.htm>.

Casación en el fondo, Inversiones Errázuriz Ltda. con Kreditanstalt für Wiederaufbau, de 18 octubre 2006. RDJ, CIII, tomo 2, Segunda parte Sección primera, Página 707.

5.5 Oficios.

Oficio N° 2.382 de julio de 1975.²³¹

Oficio N° 2.083 de 1987.

Oficio N° 4.445 de 1991.²³²

Oficio N° 4.608 de 1992.²³³

²³¹ Boletín IMPUESTOS INTERNOS, N° 260, julio de 1975.

²³² Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 458, enero 1992.

Oficio N° 88 de 1993.²³⁴

Oficio N° 4.419 de 1993.²³⁵

Oficio N° 2.007 de 16 de julio de 1996.

Oficio N° 2.291 de 19 de agosto de 1996.

Oficio N° 2.361 de 23 de agosto de 1996.

Oficio N° 2.763 de 4 de octubre de 1996.

Oficio N° 2.287 de 1º de octubre de 1997.

Oficio N° 2.313 de 3 de octubre de 1997.

Oficio N° 539 de 13 de febrero de 1998.

Oficio N° 1.062 de 6 de abril de 1999.

Oficio N° 379 de 1º de febrero de 2000.²³⁶

Oficio N° 773 de 10 de marzo de 2000.

Oficio N° 4.062 de 20 de octubre de 2000.

Oficio N° 203 de 17 de enero de 2001.

Oficio N° 844 de 27 de febrero de 2001.²³⁷

Oficio N° 2.120 de 17 de mayo de 2001.²³⁸

Oficio N° 4.975 de 20 de diciembre de 2001.

Oficio N° 5.052 de 28 de diciembre de 2001.

Oficio N° 3.266 de 3 de agosto de 2001.²³⁹

²³³ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 470, enero 1993.

²³⁴ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 472, marzo 1993.

²³⁵ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 471, febrero 1993.

²³⁶ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 166 Página 555, febrero 2000.

²³⁷ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 70 Página 569, abril 2001.

²³⁸ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 153 Página 571, junio 2001.

²³⁹ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 167 Página 573 agosto de 2001.

Oficio N° 327 de 25 de enero de 2002.

Oficio N° 1.411 de 30 de abril de 2002.

Oficio N° 1.692 de 29 de mayo de 2002.

Oficio N° 3.029 de 26 de agosto de 2002.

Oficio N° 3.413 de 23 de septiembre de 2002.

Oficio N° 2.410 de 9 de mayo de 2003.²⁴⁰

Oficio N° 2.454 de 15 de marzo de 2003.

Oficio N° 2.620 de 2 de junio de 2003.

Oficio N° 5.192 de 10 de octubre de 2003.

Oficio N° 5.351 de 23 de octubre de 2003.

Oficio N° 1.182 de 9 de marzo de 2004.

Oficio N° 4.654 de 24 de noviembre de 2005.

Oficio N° 3.174 de 10 de julio de 2006.

Oficio N° 4.453 de 30 de octubre de 2006.

Oficio N° 1.161 de 28 de mayo de 2007.

Oficio N° 705 de 11 de abril de 2008.

Oficio N° 854 de 25 de abril de 2008.

Oficio N° 870 de 25 de abril de 2008.

Oficio N° 1.582 de 29 de julio de 2008.

Oficio N° 1.363 de 30 de junio de 2008.²⁴¹

Oficio N° 3.085 de 28 de octubre de 2008.

Oficio N° 1.825 de 27 de mayo de 2009.

²⁴⁰ Boletín IMPUESTOS INTERNOS N° 137 Página 594 de mayo de 2003.

²⁴¹ Oficio N° 2.454 de 2003 y N° 2.007 de 1996.

Oficio N° 1.828 de 27 de mayo de 2009.

Oficio N° 2.111 de 24 de junio de 2009.

Oficio N° 2.116 de 19 de noviembre de 2010.

Oficio N° 615 de 14 de marzo de 2011.

5.6 Circulares.

Circular N° 31 de 22 de mayo de 1981.

Circular N° 52 de 1° de diciembre de 1992, complementada por circular N° 8 de 20 de enero de 1993.

Circular N° 3 de 6 de enero de 1998.

Circular N° 48 de 28 de agosto de 1998.

Circular N° 59 de 4 de septiembre de 2001.

Circular N° 19 de 28 de febrero de 2002.

Circular N° 60 de 3 de noviembre de 2006.

Circular N° 69 de 21 de diciembre de 2006.

5.7 Boletín Servicio de Impuestos Internos.

Boletín Impuestos Internos N° 260, julio de 1975.

Boletín Impuestos Internos N° 458, enero 1992.

Boletín Impuestos Internos N° 472, marzo 1993.

Boletín Impuestos Internos N° 471, febrero 1993.

Boletín Impuestos Internos N° 166, febrero 2000.

Boletín Impuestos Internos N° 167, agosto de 2001.

Boletín Impuestos Internos N° 70, abril 2001.

Boletín Impuestos Internos N° 153, junio 2001.

Boletín Impuestos Internos N° 470, enero 1993.

Boletín Impuestos Internos N° 137, mayo de 2003.

Boletín Impuestos Internos N° 150, noviembre 2006.

Manual de Consultas Tributarias, septiembre 2009.

Apéndices.

6.1 Jurisprudencia judicial.

Este apéndice entrega un resumen de la esencia de la jurisprudencia dictada sobre el tema de la comisión. Se analizará de acuerdo a la Ley de la Renta vigente al tiempo del fallo.

6.1.1 Ley N° 3.996 de 1924.

En la vigencia de esta ley no hubo jurisprudencia sobre la comisión.

6.1.2 Ley N° 5.169 de 1933.²⁴²

Esta Ley, al igual que la anterior, establece seis categorías de contribuyentes y mantiene la estructura de la tercera categoría: se grava el ejercicio del comercio, y en especial a los comisionistas.

Previo a las sentencias, debe explicarse el impuesto a los beneficios excesivos, que será discutido en las siguientes sentencias: éste grava los beneficios de la industria y el comercio, eximiendo a los corredores, comisionistas, martilleros y constructores.

6.1.2.1 Casación en el fondo, 13 de diciembre de 1940, Mella con Impuestos Internos.

Doctrina:

La tercera categoría del Art. 15 de la Ley de la Renta se aplica sólo a las personas que obtienen rentas de la industria o el comercio.

²⁴² Categoría tercera, De los beneficios de la industria y del comercio, Párrafo 1º.

Art. 15: Establécese un impuesto que se determinará, recaudará y pagará anualmente sobre la renta líquida imponible derivada del ejercicio del comercio y de la industria. Los corredores titulados o no, comisionistas, martilleros y constructores, estarán sujetos al impuesto de esta categoría sobre la renta líquida que provengan de sus ocupaciones respectivas.

Art. 16. Todas las rentas, beneficios y utilidades, cualquiera que fuese su origen, naturaleza y denominación y cuya imposición no esté expresamente establecida en otras disposiciones de esta ley, serán gravadas con arreglo a la tasa y demás disposiciones de esta categoría.

Categoría sexta, De las rentas de las profesiones u otras ocupación lucrativas no comprendida en las anteriores categorías. Párrafo 1º.

Art. 46. Se aplicará, recaudará y pagará anualmente un impuesto sobre las rentas provenientes del ejercicio de las profesiones liberales, o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en las categorías anteriores.

Los beneficios de una persona que, sin ser empleada de otra ejerce una actividad remunerada por una comisión, está afecta a la sexta categoría. Este criterio interpretativo será muy utilizado de aquí en adelante, como veremos.

La Corte Suprema (en adelante La Corte):

La sentencia recurrida comete un error al dar al término comisionista un sentido distinto al pensado por el legislador, claramente manifestado en la letra de la ley.

Por lo tanto, los beneficios de una persona independiente que ejerce una actividad remunerada a base de comisión o de un porcentaje, están afectos al impuesto de sexta categoría, ya que sus ingresos no provienen de la industria o del comercio.

Análisis:

La Corte, resuelve el asunto gramaticalmente: somete el contenido de la tercera categoría al inciso primero: se grava en esta categoría los beneficios de la industria y el comercio.

Sin embargo, la Corte no explica las razones por las cuales el recurrente no “obtiene rentas de la industria o el comercio”.

Se observa una distinción entre los comisionistas, basada en la forma de obtención de la renta. La jurisprudencia creará la doctrina de que es “empresario” aquel que tiene determinados medios para obtener su renta, el cual está gravado en la tercera categoría, mientras que aquel que no cuente con tales medios, será contribuyente de sexta. Estos requisitos no tienen una fuente legal.

Esta distinción es actual, pues hoy se contemplan requisitos (de parte de la jurisprudencia y el SII), cuyo origen es desconocido, pero que discriminan a los contribuyentes.

6.1.3 Ley N° 8.419 de 1946.²⁴³

²⁴³ Previo a la vigencia de esta ley, se dictó la Ley N° 6.457 de 1940, sobre la cual no hay jurisprudencia. El texto de esta ley es el siguiente:

Categoría tercera, De los beneficios de la industria y del comercio, Párrafo 1º, De la materia y tasa del impuesto.

Art. 13. Establécese un impuesto de 11% que se determinará, recaudará, y pagará anualmente sobre la renta líquida imponible derivada del ejercicio del comercio y de la industria. Los corredores titulados o no, comisionistas, martilleros y

6.1.3.1 Casación en el fondo, 23 de mayo de 1951, Munchmeyer y otros con Impuestos Internos.

La sentencia discute la comercialidad de los actos en que intermedia el corredor de comercio como requisito del hecho gravado en la tercera categoría.²⁴⁴

Doctrina:

Los corredores de propiedades, por las utilidades de su profesión, están afectos al impuesto de la tercera categoría de la Ley de Impuesto a la Renta.

El reclamante señala que las rentas de la profesión de corredores de propiedades, están afectas a la sexta categoría, en caso de que la actividad no se comprenda en otra categoría, en especial en la tercera.

La Corte:

Son hechos de la causa, a) los recurrentes son corredores de propiedades y b) entre ellos no existe sociedad.

Para la Corte el asunto es clasificar la contribución de los reclamantes en tercera o sexta categoría.²⁴⁵

Las conclusiones de la Corte son las siguientes:

- a) Los beneficios provenientes de negocios mercantiles, es decir, los regidos por el Código de Comercio, deben considerarse en tercera categoría.
- b) Por razones económicas o tributarias la ley sometió a la misma categoría los beneficios de actividades “corrientemente calificadas como civiles”.

constructores, estarán sujetos al impuesto de esta categoría sobre la renta líquida que provengan de sus ocupaciones respectivas.

Categoría sexta, De las rentas de las profesiones u otras ocupaciones lucrativas no comprendidas en las demás categorías, Párrafo 1º, De la materia y tasa del impuesto.

Art. 44. Se aplicará recaudará, y pagará anualmente un impuesto de 6% sobre las rentas provenientes del ejercicio de las profesiones liberales, o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en las categorías anteriores.

²⁴⁴ El término hecho gravado no se utiliza, pero de eso se trata.

²⁴⁵ Considerando 5º: “Resulta indiscutible que las rentas de la especie, sólo podrían considerarse afectas al impuesto de la sexta categoría en el caso de no encontrarse comprendida dicha actividad en las categorías anteriores de la ley sobre la materia, o dicho de un modo más concreto, en el caso de no estar comprendida la referida profesión en la tercera categoría de esa ley”

c) La Ley de la Renta grava con tercera categoría las rentas del ejercicio de las profesiones u ocupaciones lucrativas de la segunda parte del inciso primero del Art. 15.

La Corte clasifica a los corredores en tercera categoría, ya sea que intermedien entre comerciantes o no comerciantes. El precepto, en su tenor literal habla genéricamente de los corredores. La definición comercial no puede contradecir esta conclusión, pues ésta se aplica en ciertas materias²⁴⁶. Se excluye tal concepto de la interpretación de una cuestión exclusivamente tributaria. Por lo tanto, “corredor” debe entenderse en su sentido natural y obvio.

La Corte concluye que los beneficios de los corredores están gravados en tercera categoría.

Análisis:

El punto clave de la sentencia es la interpretación del concepto de corredor. En su análisis sistemático, la Corte afirma que el Código de Comercio no se aplica a materias tributarias, por lo cual, en su estudio gramatical, entiende el concepto según el sentido común y obvio.

A nuestro entender, en la interpretación sistemática, la justificación de la Corte es insuficiente: la exclusión del Código es injustificada. La supuesta intención del legislador comercial, no se sustenta en un análisis histórico que restringiera las definiciones comerciales sólo a dicho ámbito.

Según nuestra interpretación, sistemática en primer lugar, el concepto de corredor es el definido por el Código de Comercio, lo que excluye al intermediario de negocios civiles de la tercera categoría. Por lo tanto, los corredores de propiedades están gravados en la sexta categoría.

6.1.3.2 Casación en el fondo, 9 de enero de 1952, Compañía distribuidora con Impuestos Internos.

La Corte analiza la naturaleza jurídica de la compañía. El fallo de alzada analiza los ingresos provenientes de contratos de comisión.

²⁴⁶ Art. 20 del Código Civil.

Doctrina:

Una empresa comercial en que se asocian capitales, que paga impuestos de tercera categoría y que entre sus actividades vende a comisión usando sus capitales y aprovechando el trabajo ajeno, no es comisionista.

La Corte:

Son hechos de la causa, a) la compañía es una empresa comercial que obtiene comisiones como utilidades y b) dichas utilidades son obtenidas asociando y usando capitales y empleando el trabajo ajeno.

La Corte afirma, basada sólo en estos hechos, que la compañía no se clasifica como comisionista, martillero, constructor. Excluye la empresa del beneficio del impuesto a los beneficios excesivos, sin explicación alguna.

La exención del impuesto es para los comisionistas, y si la empresa no tiene tal naturaleza jurídica, sus utilidades están gravadas.

Análisis:

El tribunal de alzada afirma “que la circunstancia de que el Art. 15 de la Ley de la Renta se refiera a las “ocupaciones” desempeñadas por los corredores, comisionistas, martilleros y constructores cuyas actividades, cuando se ejercen independientemente, caen más bien en el campo profesional: y, a la inversa, cuando se asocian y utilizan capitales y aprovechan el trabajo ajeno, constituyen empresa comercial antes que ocupación profesional, es una distinción que aunque tiene base en los hechos, no la contempló el legislador, que ni prohíbe la asociación de comisionistas ni establece preceptos de excepción para tales sociedades.”

La Corte desestima el análisis del tribunal de alzada sin rebatir el hecho de que el legislador considera comisionista tanto a quien lo desempeña en forma personal, sólo con su esfuerzo y quienes utilizan capital. Su interpretación es infundada: falta el fundamento de porqué una empresa no puede ser comisionista.

Esta falta de justificación invoca el voto de minoría:²⁴⁷ no hay norma que excluya a las empresas que usan capitales o aprovechan el trabajo ajeno. La ley N° 7.144 exime de su impuesto las comisiones, aunque sean beneficios empresariales.

Esta discusión se produce por la confusión entre el hecho gravado y el contribuyente. La tercera categoría grava a los comerciantes e industrias, y a los corredores, comisionistas, martilleros y constructores. Pero el derecho común, al menos en el caso de los comisionistas, regula el acto jurídico, el contrato de comisión, no al comisionista como lo hace el derecho francés. En consecuencia, es lógico que se produzcan estos problemas cuando colisiona la interpretación objetiva y subjetiva.

6.1.3.3 Casación en el fondo, 14 de enero de 1953, Compañía Frutera Sud Americana con Impuestos Internos.

Esta sentencia analiza la calificación como comisionista de una empresa, que esporádicamente recibe comisiones.

Doctrina:

La sociedad comercial debe considerar las utilidades provenientes de comisiones para calcular el impuesto a los beneficios exclusivos.

La Corte:

La sociedad mercantil obtiene utilidades por la explotación de viñedos y comisiones de parte de la Asproman (Asociación de Productores de manzanas) le entrega por sus servicios. En su opinión las comisiones están exentas del impuesto.

Sin embargo, al ser la sociedad una empresa comercial que paga impuesto de tercera categoría es un impedimento para que se le califique como comisionista.

Según el voto en contra,²⁴⁸ se grava sólo las rentas de la industria y el comercio, excluyendo los beneficios obtenidos por comisiones.

Análisis:

²⁴⁷ Ministro Silva.

²⁴⁸ Ministro Silva, el mismo del fallo anterior.

Esta interpretación desestima la regulación comercial de la comisión, sin hacerse cargo de que el comisionista ejerce actos de comercio y aún así se ve exento del impuesto a los beneficios excesivos.

La Corte impide que las rentas tributen de forma independiente, es decir, la renta por la explotación de los viñedos y la renta por las comisiones percibidas, sin razones legales.

A la luz de estas sentencias se ve la confusión del legislador en los siguientes aspectos:

1. La ley de los beneficios exclusivos grava sólo los beneficios de la industria y el comercio, excluyendo a los corredores, comisionistas, martilleros y constructores, los cuales ejercen actos de comercio.
2. La interpretación que desatiende sistemáticamente el Código de Comercio la obliga a forzar los conceptos de los corredores, comisionistas, martilleros y constructores, los cuales dejan de serlo si comienzan a utilizar capital, convirtiéndose en empresarios.
3. El tratamiento jurisprudencial del comisionista, apartado del derecho comercial lleva a la necesidad de crear criterios para distinguir lo que el legislador no quiso distinguir.
4. El tributo que grava a la persona por sobre el acto jurídico o la fuente de renta crea situaciones ambiguas como las ya analizadas: una persona que a la vez es empresaria y comisionista.

6.1.3.4 Casación en el fondo, 13 de mayo de 1953, Sociedad Lange con Impuestos Internos.

Doctrina:

Una empresa puede obtener comisiones sin dejar de ser comerciante.

La Corte:

El Art. 13 de la Ley de Impuesto a la Renta tiene una parte genérica y una especial. Los casos especiales evitan las dudas sobre si tales rentas pertenecían a la tercera o sexta categoría, pero sin pretender alterar la regla fundamental de la primera parte del inciso.

Este fallo incluye la discusión parlamentaria sobre la tercera y sexta categoría de la Ley de Impuesto a la Renta N° 3.996 de 1924. El Senado decidió que tributaran en tercera y no sexta categoría los corredores de comercio, sean o no titulados, los de frutos del país y los comisionistas sobre el monto de las comisiones que perciban por las operaciones que realicen por cuenta ajena, los martilleros y los constructores que construyan un tanto por ciento del valor invertido en la obra.

En la tercera categoría, la ley grava la renta según la fuente, cualquiera sea la persona que las obtenga, siendo indiferente el monto o la permanencia de las utilidades en el conjunto de rentas que perciba el contribuyente. Tampoco importa la circunstancia de que la renta se produzca con capital o sólo el trabajo.

La interpretación de la Corte estima que el legislador es claro al eximir del impuesto a los beneficios las comisiones.²⁴⁹

Análisis:

Esta sentencia es de interés porque en primer lugar cambia la doctrina de la misma Corte Suprema. En segundo lugar, hace una interpretación gramatical muy rigurosa del asunto, además de acudir a la historia de la primera Ley de la Renta. En tercer lugar, reconoce que los corredores, comisionistas, martilleros y constructores son comerciantes al igual que los industriales y comerciantes de la primera parte del artículo 13 e incluso justifica esto con auxilio de la discusión parlamentaria. Esto era negado por las sentencias anteriores.

El fallo enfatiza el aspecto objetivo del hecho gravado, dejando de lado a quién obtiene las rentas. Esto es mucho más simple, pues evita confusiones como se ha visto en las sentencias ya analizadas.

6.1.4 Decreto Supremo N° 2.106 de 1954.²⁵⁰

²⁴⁹ En esta causa, el cambio de criterio se logra con una sala de la Corte Suprema que contaba con miembros distintos a aquellos que fallaron la doctrina contraria: "Redactada por el señor abogado integrante don Marcos Silva Bascuñán-José Hermosilla A.- Gonzalo Brañas McGrath- Manuel Montero M.- Ciro Salazar M. Urbano Marín R.- Rafael Moreno E.- Marcos Silva B.

²⁵⁰ Categoría tercera, De los beneficios de la industria y del comercio, Párrafo 1º, De la materia y tasa del impuesto.

Art. 14. Establécese un impuesto de 13,2%, que se determinará, recaudará y pagará anualmente sobre la renta líquida imponible, derivada del ejercicio del comercio y de la industria. Los corredores titulados o no, comisionistas, martilleros y

6.1.4.1 Casación en el fondo, 29 de julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos.

Doctrina:

La Corte afirma que, a) Comisionista es quien realiza comisiones, aunque no sea habitualmente. b) La tercera categoría es supletoria de las demás, pues si una renta no está expresamente contemplada en alguna categoría, será gravada por la tercera.²⁵¹ c) Si la renta del reclamante corresponde a una profesión liberal u ocupación lucrativa estaría afecta a la sexta categoría.

La Corte:

Los hechos de la causa son: a) el reclamante gestionó la venta del Teatro Bandera. b) Por este servicio recibió una comisión. c) el reclamante es contador sin capital ni negocio establecido. d) la gestión del caso fue ocasional.

La tercera categoría grava las rentas derivadas del ejercicio de la industria y el comercio, es decir, las que cuentan con un capital, y además, aquéllas que no requieran un capital, como el caso de los comisionistas.

El fallo de alzada está en lo cierto al calificar al reclamante como comisionista, aunque no ejerza tal oficio habitualmente.

Análisis:

La Corte desatiende la definición legal de comisión. La venta de bienes raíces no es un acto de comercio, por lo cual falta un elemento de la esencia del contrato. Por lo tanto, la remuneración de tal mandato no tiene la naturaleza jurídica de comisión.

constructores, estarán sujetos al impuesto de esta categoría sobre la renta líquida que provengan de sus ocupaciones respectivas.

Categoría sexta, De las rentas de las profesiones u otras ocupaciones lucrativas no comprendidas en las demás categorías, Párrafo 1º, De la materia y tasa del impuesto.

Art. 43. "Se aplicará, recaudará y pagará anualmente un impuesto de 72,% sobre las rentas provenientes del ejercicio de las profesiones liberales, o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en las categorías anteriores.

²⁵¹ Art. 14 de la Ley de la Renta 8.419: "todas las rentas, beneficios y utilidades, cualquiera sea su origen, naturaleza o denominación y cuya imposición no esté expresamente establecida en otras disposiciones de la misma ley, serán gravadas con arreglo a la tasa y demás preceptos relativos a la tercera categoría.

Interpretando correctamente, debe concluirse que el reclamante en realidad obtuvo una comisión emanada de un contrato de corretaje, la cual igualmente está gravada en tercera categoría.

El fallo, al contrario de algunos de los ya mencionados, privilegia la literalidad de la norma, incluyendo en la tercera categoría a quienes poseen capital y a quienes no lo poseen.

6.1.4.2 Casación en el fondo, 13 de abril de 1955, Importadora chilena SA con Impuestos Internos.

Doctrina:

Las rentas emanadas del negocio de la comisión se gravan en tercera categoría aunque éste sea una actividad accesoria de la empresa.

La Corte:

La renta obtenida por comisiones está gravada en tercera categoría. La primera parte del artículo 13 contiene una parte general: grava las rentas del ejercicio del comercio y de la industria. La segunda parte grava específicamente las rentas de los comisionistas para despejar las dudas acerca de estas actividades. Esto se desprende de la historia y del sistema general de la ley, la cual grava la renta según la fuente de donde emana y no la persona que la obtiene, sea esta renta permanente o temporal, única o mayor.

La ley no atiende la importancia de las rentas. Asimismo, es indiferente para gravar la tercera categoría el que se produzca con el concurso del capital o solo con el esfuerzo personal.

Análisis:

La Corte destaca el carácter objetivo del hecho gravado: la tercera categoría grava la renta obtenida por el negocio de comisión, no al comisionista, y a éste por la totalidad de su renta como alegaba el Servicio. Además, auxiliado en la historia de la ley, concluye que la comisión se grava expresamente en tercera categoría para zanjar cualquier duda entre la tercera y la sexta categoría.

6.1.4.3 Casación en el fondo, 26 de diciembre de 1955, Aninat con Impuestos Internos.

El trasfondo de esta sentencia y las siguientes es el Art. 7º del DS 2.772.²⁵²

Doctrina:

El comisionista que tiene capital propio y ayuda de terceros está afecto a la tercera categoría.

La Corte:

Los hechos de la causa son: a) El recurrente es comisionista en frutos del país. Compra y vende a nombre de varias firmas, mantiene oficinas, paga patente, tiene un contador a sueldo. Cuenta con capital y ayuda de terceros. b) El recurrente se acoge de buena fe a la interpretación del SII que lo califica en sexta categoría.²⁵³

La Corte toma dos decisiones: basado en la resolución mencionada, establece que los comisionistas con y sin capital están gravados, respectivamente, por la tercera y sexta categoría respectivamente. Y en segundo lugar, que debido a que el recurrente estaba de buena fe acogido a la interpretación del Servicio, se acoge su reclamo, no pudiendo el Servicio aplicarle la tercera categoría.

Análisis:

Este fallo establece un precedente para una distinción muy utilizada: capital y esfuerzo: si el comisionista cuenta sólo con su esfuerzo para producir la renta, tributará en la sexta categoría, que corresponde a los profesionales. En cambio el comisionista que cuenta con capital tributará de acuerdo a la tercera categoría, aquélla de la industria y

²⁵² DS 2.772 de 1943, Art. 7º: Las personas naturales o jurídicas que, por razón de negocios, servicios o prestaciones de cualquiera especie, perciban intereses, primas, comisiones u otras formas de remuneración, pagarán un impuesto de tres y medio por ciento, dos y medio por ciento, más un uno por ciento, sobre el monto de las sumas percibidas por tales conceptos, siempre que dichas sumas constituyan ingresos sujetos a las disposiciones de la tercera categoría de la Ley de Impuesto a la Renta.

Este precepto tiene valor de ley, dictado por el Presidente de la República en uso de la facultad del Art. 14 de la ley Nº 7.200 para refundir las leyes tributarias vigentes en un solo texto o en textos diversos que agrupen a la de la misma o parecida naturaleza, y para dictar las demás disposiciones de alcance legal que aquel artículo indica. Por lo demás el legislador le ha atribuido implícitamente el mismo valor de ley al modificarlo por medio de otras leyes.

²⁵³ La resolución Nº 7.261 de 31 de agosto de 1944.

el comercio. Sin embargo, la Corte justifica esta decisión únicamente en el criterio administrativo del Servicio de Impuestos Internos.²⁵⁴

6.1.4.4 Casación en el fondo, 5 de agosto de 1957, Chadwick Herrera y Cía. Limitada con Impuestos Internos.

Doctrina:

Los valores percibidos por una comisionista en reembolso de gastos efectuados con motivo del cumplimiento del encargo no deben considerarse en el cálculo del impuesto.

La Corte:

El reembolso percibido por la compañía no es comisión ni remuneración, por dos razones: a) la tercera categoría grava sólo los beneficios de la industria y el comercio, no los montos recibidos por reembolso de gastos. b) El Art. 13 de La Ley de la Renta grava la renta líquida proveniente de las comisiones.

Análisis:

La Corte hace una interpretación correcta, al contrario del SII, que considera las actividades de comisionista y estiba y desestiba como dos rubros separados, confundiendo que ambos son en realidad una sola actividad, y que la estiba y desestiba son medios para cumplir el mandato.

6.1.4.5 Casación en el fondo, 16 de mayo de 1960, Kelter con Impuestos Internos.

Doctrina:

Es comisionista y no mandatario civil quien trabaja para firmas comerciales, tiene oficina establecida, paga patente, participa de sus comisiones a diversas personas y tiene personal a sus órdenes. En consecuencia, debe tributar en tercera y no sexta categoría.

La Corte:

²⁵⁴ Esta distinción había sido utilizada en la sentencia Casación en el fondo, 9 enero 1952, Compañía distribuidora Nacional con SII. RDJ, XLIX, I, 10.

Los hechos de la causa son: a) que el recurrente trabaja para diversas firmas extranjeras y percibe sus comisiones en dólares. b) para el desempeño de sus negocios utiliza los servicios de varias personas. c) tiene un capital de \$500.000, oficina instalada en el centro, paga a una secretaria y traductora. d) su patente es Agente de casas extranjeras y Oficina de Comisiones y representación.

Estos hechos demuestran que el contribuyente posee una organización comercial de comisionista. Por lo tanto, tributa en tercera categoría, conforme a la segunda parte del inciso 1º del Art. 12.

Análisis:

La Corte determina que el contribuyente es comisionista, basado en la regulación tributaria, sin interpretar el derecho común. Este es el primer error del fallo.

Como ya fue examinado, para determinar la naturaleza jurídica del contribuyente, la Corte debió interpretar el derecho común. La regulación comercial señala claramente los requisitos de la comisión. Una vez determinado que el contribuyente es un comisionista, debe interpretarse la Ley de la Renta.

En segundo lugar, la Corte diferencia la categoría en la cual se clasifica al contribuyente según el criterio capital- esfuerzo. En este punto, la jurisprudencia ha sido vacilante, lo que se debe a la insuficiente regulación de las rentas de la comisión. En las sentencias vistas se ha tratado de solucionar esto creando requisitos para clasificar al comisionista, como empresario, simple comisionista, (ambos en tercera categoría) o en sexta categoría. Sin embargo, al no ser exigencias legales, la Corte ha juzgado en uno y otro sentido, dejando sólo la apariencia de que el comisionista que cuente con ciertos recursos será gravado en tercera categoría.²⁵⁵

6.1.4.6 Casación en el fondo, 4 de octubre de 1960, Larraquirre y Cía. y otros con Impuestos Internos.

Doctrina:

²⁵⁵ Como la cantidad de capital, el tener gente a cargo, oficina, etc. Todos ellos muy vagamente normados tanto por la jurisprudencia como el SII, ya que no se indica la cantidad de capital, empleados o de oficinas.

Es compraventa el contrato en virtud del cual la Polla Chilena se obliga a entregar a sus agentes los boletos para los sorteos y éstos a pagarlos en dinero.

La fiscalización de Polla, la compra para hacer una reventa (hecha a cuenta propia) y el nombre de agente del comprador no alteran la naturaleza jurídica de la operación realizada: la utilidad obtenida por los agentes proviene de un contrato de compraventa.

La Corte:

Naturaleza jurídica del contrato: La obligación principal de Polla es entregar a los agentes los boletos y éstos a pagárselos en dinero. Este acuerdo entre cosa y precio es un contrato de compraventa.

La Corte estima que este contrato es una comisión para vender, basado en los siguientes hechos:

- a) Fiscalización de Polla. Más que una relación de dependencia, es el medio por el cual el vendedor se resguarda del pago de la cosa vendida.
- b) Reventa. Hecha por cuenta propia de los agentes, no cumplen con el requisito de la esencia del mandato, de actuar por cuenta ajena.
- c) Agente. Si la distribución de un artículo se hace mediante la reventa a cuenta y riesgo del comprador, como es el caso, no existe mandato entre las partes.

Voto disidente:²⁵⁶

La renta del agente son las comisiones que la Polla les abona por un negocio de ésta: el agente gestiona un negocio ajeno.

Comisionista es quien desempeña una comisión. El comisionista para vender puede actuar a nombre propio o de sus comitentes, sin que se exija que el comisionista sea empleado del mandante.

Así, los hechos de la causa configuran el contrato de comisión, no de compraventa.

²⁵⁶ Ministro Emilio Poblete.

En conclusión, el pago de servicios por medio de las referidas comisiones es para el comisionista una renta gravada en tercera categoría, y cumple las condiciones para la imposición de la cifra de negocios.

Análisis:

La interpretación de la Corte es correcta. Su interpretación comienza con el derecho común, y una vez determinada la naturaleza jurídica del acto realizado, aplica la tributación correspondiente.

6.1.4.7 Casación en el fondo, 25 de octubre de 1960, Arreco con Impuestos Internos.

Doctrina:

La Ley de Impuesto a la Renta exige que se distinga entre las rentas emanadas del capital y aquellas originadas en el trabajo.

El hecho de que el contribuyente sea comisionista no es suficiente para clasificarlo en la tercera categoría, pues ésta grava sólo a los comerciantes e industriales.²⁵⁷ El comisionista que ejerce una ocupación sólo con su actividad personal, tributa en la sexta categoría.

La Corte:

Son hechos de la causa: a) el reclamante vende por cuenta de una firma productos químicos para la agricultura. b) su remuneración es un porcentaje sobre el monto de las ventas. c) el reclamante no ha invertido capital, no tiene oficina establecida, no recibe la ayuda de terceros, ni paga patente de comisionista.

Las dos primeras categorías gravan las rentas de los bienes raíces y capitales mobiliarios, es decir, las rentas derivadas del patrimonio; las tercera y cuarta gravan las rentas de la industria, el comercio, explotación minera y metalúrgica, es decir, esfuerzo personal ayudado por un capital, con tasas inferiores a las anteriores; las categorías quinta y sexta comprenden los sueldos, rentas de profesionales liberales, que emanan

²⁵⁷ Se citan las sentencias de Casación en el fondo, 29 julio de 1954, Courbis con Impuestos Internos. RDJ, LI, Segunda parte, Sección primera, Página 297 y Casación en el fondo, 13 diciembre de 1940, Mella con Impuestos Internos. RDJ, XXXVIII, Segunda parte, Sección primera, Página 523.

del solo esfuerzo personal. Son las menores tasas de la ley. La interpretación correcta de la Ley de Impuesto a la Renta requiere que se haga esta distinción.

Se yerra al decir que tributa en la tercera categoría por el sólo hecho de ejercer actividades a base de comisiones, ya que el legislador quiso circunscribirlo sólo a las personas que obtienen rentas de la industria o el comercio.

El SII ha resuelto de la misma forma: los viajantes tributan en la sexta categoría si no disponen de capital o colaboración, y en la quinta si tienen contrato de trabajo, y en la tercera si cuentan con capital u oficina, es decir, una organización comercial propia.²⁵⁸

Voto disidente:²⁵⁹

El contrato entre las partes es una comisión. La Ley de la Renta grava específicamente a los comisionistas en la tercera categoría. No se justifica que las comisiones queden excluidas del impuesto sobre cifra de negocios, aplicable a todo individuo que en razón de servicios o prestaciones reciba intereses, comisiones, primas u otras formas de remuneraciones.

Análisis:

La Corte hace una interpretación sistémica de la Ley de la Renta, más allá del meramente gramatical, que daría como resultado que la renta de los comisionistas está expresamente gravada en la tercera categoría.

Además, la tesis de los tres tipos de categorías de cómo un significado de unidad a la Ley de la Renta. Sin embargo, por muy interesante y útil que pueda resultar el argumento, la Corte no se hace cargo de la literalidad de la voz comisionista, y su examen de la intención de la ley no es fundamentado en la historia de la ley.

6.1.4.8 Casación en el fondo, 8 de mayo de 1962, Garnham con Impuestos Internos.

Doctrina:

²⁵⁸ Circular 43 de 1950. Boletín 28 de 1956 del SII, página 573; Boletín 47 de 1957, página 1178; y Boletín 63 de 1959 página 1905.

²⁵⁹ Ministro Salazar.

La tercera categoría sólo debe recaer en quienes ejercen el comercio o la industria, sean personas naturales o jurídicas. Aunque el contribuyente cuenta con medios para desempeñar su trabajo, éstos no alcanzan a constituir empresa.²⁶⁰

La Corte:

Los hechos de la causa son: a) el recurrido programa y distribuye material cinematográfico a diversos cines, los cuales pagan una comisión o arriendo del material, el cual devuelve luego a sus mandantes. b) lo hace a cuenta de las compañías cinematográficas. c) arrienda una oficina, tiene empleados y materiales.

La cuestión a dirimir es la interpretación de comisionista del Art. 12 de la Ley de la Renta: el sentido común, que incluye a todos los comisionistas o el sentido legal del Código de Comercio.

La Corte afirma que el legislador ha distinguido entre quienes obtienen rentas gracias a su capital y quienes gracias a su esfuerzo.

En primer lugar, Según la historia de la ley N° 3.996, los corredores, comisionistas y martilleros se clasificaban originalmente en la sexta categoría. El Senado cambió su clasificación a la tercera categoría., pues predominó la idea de que éstos ejercen una función eminentemente comercial. Por lo tanto, el impuesto de tercera categoría sólo debe recaer en quienes ejercen exclusivamente el comercio o la industria, sean sociedades o empresas o personas naturales.

En segundo lugar, menciona la ley N° 5.154 de 1933, que establece un impuesto extraordinario a la tercera categoría. Sin embargo, exime a los corredores, comisionistas, martilleros y constructores que obtengan rentas provenientes sólo de su esfuerzo.

En tercer lugar, la ya mencionada ley N° 7.144 de 1942, que grava los beneficios excesivos de los contribuyentes de la tercera categoría, eximiendo a los corredores, comisionistas, martilleros y constructores.

²⁶⁰ Se reitera la doctrina de la sentencia anterior sobre los viajantes, aplicable al comisionista: se gravará en tercera categoría sólo cuando cuenten con capital, establecimiento u oficina, o sea, con una instalación u organización comercial propia. En la quinta si tienen contrato de trabajo y en la sexta si son independientes.

Por lo tanto, la Corte determina que el recurrido no tiene organización comercial ni capital propio, ni es comisionista de los regulados en el Art. 236 del Código de Comercio.

Análisis:

El fallo descarta que el recurrido sea comisionista sin analizar los elementos de la esencia del contrato. Se ha interpretado sin apego a las reglas del Código Civil. Sobre la mercantilidad, la sentencia pasa por alto que el arriendo de bienes muebles también es un acto de comercio.

Lo más interesante del fallo, a pesar de los errores, es la distinción entre capital y esfuerzo, que al contrario de algunas sentencias ya revisadas, la fundamenta en la historia de la ley y en leyes dictadas (aunque no vigentes). Sin embargo se aprecia el vago límite entre el capital y el esfuerzo. Este contribuyente, años atrás Universidad otros ministros, hubiera calificado como empresario, como lo muestra el voto disidente.

Voto disidente:²⁶¹

El recurrente es un comisionista, porque tiene oficina, contabilidad completa, patente en trámite, tiene varios comitentes, tiene empleados. Por lo tanto, en su ocupación de comisionista recibe comisiones, gravadas en la tercera categoría.

Del tenor literal del precepto se concluye que la tercera categoría no grava sólo al comisionista comprendido en el Código de Comercio.

Análisis:

El voto disidente comete el error de considerar la comisión exclusivamente bajo la Ley de la Renta. Además, la posibilidad de admitir que la ley grava otras comisiones fuera de las del Código de Comercio debe ser analizada profundamente, y no decirlo basado sólo en el tenor literal.

²⁶¹ Ministros Pedro Silva, Miguel González y José Eyzaguirre.

6.1.4.9 Corte de Santiago, 9 de octubre de 1963, Oyanedel Vargas y Cía. con Impuestos Internos.

Doctrina:

Los consignatarios de ferias y mercados municipales representan a los productores en los remates. Este mandato es civil, porque el acto encomendado no es de comercio y porque no pueden comprar por cuenta propia o de terceros los productos rematados ni ejercer ninguna actividad ajena a la consignación.

La Corte:

Consignatario es aquel a quien se encargue habitualmente representar a productores en los remates efectuados en la feria y mercados municipales.²⁶² Son mandatarios civiles porque el mandato no es de comercio²⁶³ y porque no puede comprar por cuenta propia.

En el análisis del Art. 12 de la Ley de la Renta, interpreta al comisionista como aquel definido en el Código de Comercio, es decir, aquel que hace actos de comercio. Por lo tanto, el Art. 12 es redundante al gravar al comerciante y al comisionista.²⁶⁴

Análisis:

Esta sentencia mal interpreta la figura del consignatario: la compraventa de bienes muebles es un acto de comercio. Si además es específico, concurren los elementos de la esencia de la comisión.

Aún así es interesante la interpretación del Art. 12: Comisionista es aquel definido como tal por el Código de Comercio. Este fallo no considera la distinción de la sentencia anterior.

²⁶² Definición del Decreto N° 776 de 10 de abril de 1962, Art. 2º. Son personalmente responsables ante sus mandantes del producto de sus ventas, y no podrán comprar por cuenta propia en los remates ni ejercer comercio ajeno a la consignación.

²⁶³ No aparece en la enumeración del Art. 3º del Código de Comercio.

²⁶⁴ Lo mismo dice sobre los corredores, martilleros y constructores: ejecutan actos de comercio, y son gravados en la tercera categoría.

6.1.4.10 Casación en el fondo, 13 de mayo de 1964, Cox con Impuestos Internos.

Doctrina:

Para gravar las rentas, la ley atiende su origen o fuente, y distingue entre las que provienen del trabajo, capital o las actividades comerciales o mineras. Se clasifican en sexta categoría las comisiones percibidas por agentes comisionistas de firma, por los artículos vendidos.

La Corte:

Hechos de la causa: a) el contribuyente vende artículos a cuenta y riesgo de la compañía; b) no es subordinado de la compañía; c) no se encuentra inscrito en el Registro de Viajantes; d) ocupa la oficina de la firma y e) no tiene empleados ni requiere capital. Por lo tanto, la renta proviene exclusivamente del trabajo personal del peticionario.

La tercera categoría comprende a los comisionistas sólo cuando sus actividades son más que su trabajo personal y adquieren el carácter de comerciales, pues la ley atiende al origen de la renta, haciendo una clara distinción entre las que provienen del trabajo y las originadas en el capital, comercio o minería. Esto es reafirmado por el SII.²⁶⁵

Análisis:

En los años 60 parece ya haber tomado mucha fuerza la distinción del origen de las rentas. Este fallo parece basarse en esta doctrina, aunque sus fundamentos de la distinción son escasos y poco convincentes.

6.1.4.11 Casación en el fondo, 18 de mayo de 1964, J. Spoerer y Cía. Ltda. con Impuestos Internos.

Doctrina:

²⁶⁵ Circular Nº 43 de 6 de enero de 1960 y la resolución Nº 5.951 de 1947 de SII. Ésta última dice: "distinto sería si se tratara de una persona que tuviera una organización comercial con personal que lo secundara, que hubiera invertido capital. En tal caso, no sería exclusivamente su esfuerzo y conocimientos personales por los cuales se habrían obtenido las remuneraciones, sino que, además, el conjunto de factores de orden mercantil y se estaría en la presencia de un comisionista comercial (lo cual es una falacia jurídica, ya que el comisionista es aquel que desempeña un acto comercial), gravado en la tercera categoría.

Los agentes de la Lotería de Concepción son comisionistas para vender.²⁶⁶

La Corte:

Los hechos de la causa son: a) el contribuyente es agente de Lotería; b) compra boletos de ésta y los vende al público, por su cuenta y riesgo; c) la utilidad de su negocio es la diferencia de precio obtenida al comprar al por mayor.

La ley de la Lotería de Concepción²⁶⁷ sólo admite que los agentes sean remunerados mediante comisiones. A su vez el reglamento señala que éstos devenguen la “comisión” que el Presidente señale, y además rendirán cuenta de los boletos no vendidos y cumplir instrucciones.

Por último, ya que el término comisiones no es definido por la ley o el reglamento, debe entenderse en su sentido natural y obvio, como el mandato conferido al comisionista y como la retribución de esta clase de mandato.

Análisis:

La Corte define la tributación del agente basado en la normativa legal y reglamentaria de su relación con Lotería, sin acudir al Código de Comercio. Esto no es explicado, lo que es lamentable, pues en otras causas al menos se fundamenta (erradamente en nuestra opinión) su no utilización.

La conclusión de la Corte es correcta, aunque aplica sólo la primera parte del Art. 20 del Código Civil, el sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, infringiendo la segunda, que obliga al tribunal a usar su significado legal, a menos que la ley excluya su uso de alguna materia.

6.1.5 Ley N° 15.564 de 1964.²⁶⁸

²⁶⁶ Debe recordarse en este punto la sentencia en la cual la Corte, analizando los hechos, determinó que configuraban el contrato de compraventa: 4 octubre 1960, Larraguirre y Cía. y otros con SII.

²⁶⁷ Esta institución se rige por la Ley N° 4.885 de 1930 y su reglamento N° 626 de 1931.

²⁶⁸ Primera categoría, De las rentas del capital y de las empresas comerciales, industriales, minera y otras, Párrafo 1º, De los contribuyentes y de la tasa del impuesto.

Art. 20. Establécese un impuesto de 20% que se determinará, recaudará y pagará sobre:

4º. Las rentas obtenidas por corredores, sean titulados o no, sin perjuicio de lo que al respecto dispone el N° 2º del Art. 36º, comisionistas con oficina establecida, martilleros, empresas constructoras, agentes de aduanas, embarcadores y

Esta ley reduce el número de categorías: ahora existen sólo dos. La Primera grava las rentas del capital y de las empresas, mientras que la segunda grava las rentas del trabajo.

Además, recoge la discusión jurisprudencial ya analizada: el comisionista, ¿se gravaba en tercera y en sexta categoría, o sólo en tercera, como lo decía expresamente la ley?

De todos los criterios jurisprudenciales utilizados, la ley escoge “el tener una oficina establecida” como requisito para que el comisionista sea clasificado en primera categoría.

Esto trae las siguientes preguntas interpretativas: ¿tener oficina es la única exigencia para que el comisionista se clasifique como de primera categoría? Es decir, puede tener un aparato empresarial importante, pero si no tiene oficina establecida, ¿tributa en segunda categoría? ¿Qué pasa con los otros requisitos, como el capital, gente a cargo?

Se puede otorgar, al menos, que la ley recoge uno de los criterios jurisprudenciales para distinguir a los comisionistas (empresarios) de primera categoría, y aquel que obtiene rentas del esfuerzo personal, en segunda.

Durante la vigencia de esta ley no se encontró jurisprudencia.

6.1.6 Decreto Ley N° 824 de 1974.²⁶⁹

otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero y agentes de seguros que no sean personas naturales.

Segunda categoría, De las rentas del trabajo, Párrafo 1º, De la materia y tasa del impuesto.

Art. 36. Se aplicará, calculará y cobrará un impuesto en conformidad a las tasas señaladas en el Art. 37, sobre las siguientes rentas:

2º. Ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría ni en el número anterior, incluyéndose los obtenidos por los auxiliares de la administración de justicia..., los corredores que sean personas naturales y cuyas rentas provengan exclusivamente de su trabajo o actuación personal, sin que empleen capital, y los obtenidos por sociedades de personas que presten exclusivamente servicios o asesorías personales.

²⁶⁹ TITULO II, Del Impuesto cédular por categorías.

Artículo 19. Las normas de este Título se aplicarán a todas las rentas percibidas o devengadas.

PRIMERA CATEGORÍA, De las rentas del capital y de las empresas comerciales, industriales, mineras y otras. PÁRRAFO 1º, De los contribuyentes y de la tasa del impuesto.

6.1.6.1 Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de abril de 1994, Agencias Skorprios con Impuestos Internos.

Doctrina:

Las comisiones de ventas de pasajes al exterior por viajes a realizarse en Chile están exentas de IVA.

La Corte:

Los pagos hechos por servicios afectos al impuesto adicional, como las comisiones de ventas de pasajes al exterior por viajes a realizarse en Chile están exentos de IVA (Artículos 12 E de la Ley del IVA y 59 de la Ley de la Renta.).

Análisis:

El fallo determina que las comisiones por ventas de pasajes realizada en el exterior está gravada con impuesto adicional, y por lo tanto se ve exenta de IVA. Sin embargo, se comete un error en la naturaleza jurídica de la comisión: ésta, en el Art. 59 N° 2,

Artículo 20. Establécese un impuesto de 17% que podrá ser imputado a los impuestos global complementario y adicional de acuerdo con las normas de los artículos 56, N° 3 y 63. Este impuesto se determinará, recaudará y pagará sobre:

3°. Las rentas de la industria, del comercio, de la minería y de la explotación de riquezas del mar y demás actividades extractivas, compañías aéreas, de seguros, de los bancos, asociaciones de ahorro y préstamos, sociedades administradoras de fondos mutuos, sociedades de inversión o capitalización, de empresas financieras y otras de actividad análoga, constructora, periodísticas, publicitarias, de radiodifusión, televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones.

4°. Las rentas obtenidas por corredores, sean titulados o no, sin perjuicio de lo que al respecto dispone el N° 2 del artículo 42, comisionistas con oficina establecida, martilleros, agentes de aduana, embarcadores y otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero, y agentes de seguro que no sean personas naturales;

SEGUNDA CATEGORÍA, De las rentas del trabajo, PÁRRAFO 1°. De la materia y tasa del Impuesto.

Artículo 42. Se aplicará, calculará y cobrará un impuesto en conformidad a lo dispuesto en el artículo 43, sobre las siguientes rentas:

2°. Ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría ni en el número anterior, incluyéndose los obtenidos por los auxiliares de la administración de justicia por los derechos que conforme a la ley obtienen del público, los obtenidos por los corredores que sean personas naturales y cuyas rentas provengan exclusivamente de su trabajo o actuación personal, sin que empleen capital, y los obtenidos por sociedades de profesionales que presten exclusivamente servicios o asesorías profesionales.

Al comparar la ley N° 15.564 y el DL 824 de 1974, se aprecia lo siguiente:

1. En ambas leyes, 5 numerales regulan la totalidad de la primera categoría. (obviando el N° 6 de la actual, pues es muy específico)

2. Estos numerales regulan las mismas materias. Más específicamente, en ambas, el N° 4 grava las rentas obtenidas por los comisionistas.

está expresamente exenta del impuesto adicional. La Corte exime las comisiones de IVA por estar gravadas con impuesto adicional, las que, en un simple examen de la ley, se ve que están exentas.

6.1.6.2 Casación En El Fondo. 28 de septiembre de 2004. Blackwood con Impuestos Internos.

La Corte:

El agente de seguros es comisionista. Si se desempeña en una oficina establecida, sus comisiones son gravadas con primera categoría. Sus ingresos provienen de la venta de seguros que no sean de vida.

El agente es comisionista, pues desempeñar comisiones mercantiles por cuenta de una aseguradora, recibiendo una comisión por ello. Además, el contribuyente tiene una oficina establecida, por lo que su actividad se encuentra incluida en el N° 4° del artículo 20 de la Ley de la Renta, afectándose con el IVA.

Ya que el agente es contribuyente de primera categoría, no puede acogerse a la exención de IVA para los contribuyentes de segunda categoría del Art. 12 E N° 8 de la Ley del IVA.

Análisis:

La Corte interpreta sistémica y gramaticalmente el contrato de seguro. En primer lugar, interpreta el derecho comercial aplicable a la situación jurídica de autos, estimando que la agencia de seguro comparte los elementos de la esencia de la comisión: un encargo determinado (sólo que en este caso es más acotado aún).

En segundo lugar, La Corte determina que el agente de seguros es comisionista. Además, al contar con oficina establecida, lo clasifica en primera categoría.

6.2 Jurisprudencia del Servicio de Impuestos Internos.

El uso de la Administración de la voz comisión y comisionista puede clasificarse de la siguiente manera:

1. Como la remuneración a la que tienen derecho las AFPs y AFCs por la administración de los fondos de sus afiliados.
2. Remuneración sin relación con el mandato comercial.
3. Remuneración relacionada con el mandato comercial.
4. Contrato comercial. 59 N° 2 Ley de Impuesto a la Renta, Impuesto adicional.
5. Comisionista.
6. Reembolso de gastos.

A continuación, se analizarán los oficios más relevantes de esta clasificación.

6.2.1 Como la remuneración a la que tienen derecho las AFP y AFC por la administración de los fondos de sus afiliados.

El DL 3500 de 1980 y la ley N° 19.728, que regulan a las AFP y AFC llaman comisión a la remuneración que los afiliados deben pagar a las administradoras. A modo de ejemplo, los siguientes oficios: N° 3.256 de 2002, N° 1.692 de 2002, N° 2120 de 2001. Especialmente sobre AFC, los Oficio N° 5.052 de 28.12.2001 y su reconsideración en el Oficio N° 3.413 de 23.09.2002.

6.2.2 Comisión como remuneración, sin relación con el mandato comercial.

Comisión es la remuneración por muchos tipos de servicios, tales como las comisiones bancarias por créditos de consumo, hipotecarios, mantención de cuentas, de tarjetas de crédito, por la realización de un negocio, etc. Oficio N° 3.085 de 28.10.2008. Comisiones pagadas por un banco a sus empleados por encargo de su mandante, un grupo financiero. Las comisiones que perciben los empleados de un banco son una contraprestación de la promoción de los productos de un grupo financiero. Dichas comisiones provienen de una ocupación lucrativa, las cuales se clasifican como rentas de la segunda categoría de la Ley de la Renta. Para análisis del Security, Oficio N° 327 de 25.01.2002. Oficio N° 4.975 de 20.12.2001. Comisiones cobradas por una

cooperativa de ahorro y préstamo a sus cooperados, Oficio N° 1.411 de 30.04.2002. Comisiones en los créditos hipotecarios, Oficio N° 1.030 de 26.03.2002. Comisiones percibidas por Servicios de Bienestar, Oficio N° 2.287 de 01.10.1997. Comisiones por la operación del sistema de tarjetas de crédito. Oficio N° 539 de 13.02.1998. Comisiones que no pueden rebajarse. 17 N° 8 Ley de Impuesto a la Renta. Oficio N° 2.361 de 23.08.96. Comisiones por el uso de cajeros automáticos.

6.2.3 Comisión como remuneración, relacionada con el mandato comercial.

6.2.3.1 Tres tipos de comisionistas. Oficio N° 2.382 de 1975.²⁷⁰

Este oficio presenta tres tipos de comisionistas, clasificados según la forma en que su comisión es gravada por la Ley del IVA.

a) Comisionistas distribuidores. El Art. 8 h) de la ley del IVA, sobre los comisionistas, grava sólo a los comisionistas distribuidores, aquellos que intervienen en las ventas o compras, responsabilizándose de la entrega de los bienes, cobranza, documentos, pago, etc.²⁷¹

b) Comisionistas corredores, aquellos que sólo contactan a las partes, mediante la colocación de pedidos de mercaderías u otros sistemas, no están gravados.

c) Comisionistas con vínculos de subordinación y dependencia con el comitente.²⁷² Tampoco están afectos.

6.2.3.2 Las agencias de negocios son comisionistas de las aerolíneas. Oficio N° 4.445 de 1991.²⁷³

Las agencias de negocios ofrecen al público pasajes aéreos por cuenta de aerolíneas. La aerolínea, como mandante, encarga a la agencia la venta de pasajes aéreos. El encargo es comercial: la venta de bienes muebles (Código de Comercio, Art. 3 N° 1).

²⁷⁰ Boletín SII, N° 260 página 10302, julio de 1975. Referencias: artículo 8 h), 47 k) y 59 N° 8 de la ley del IVA y circular 69 de 1975.

²⁷¹ El artículo 8 h) fue derogado. Actualmente el Art. 8° no trata a los comisionistas de forma especial.

²⁷² En el tiempo del oficio era la situación de los corredores viajeros, inscritos en el registro de viajantes y a quienes la ley otorga el carácter de empleados particulares y los dependientes de comercio cuyas remuneraciones se pactan en base a comisiones de venta. Hoy, la remuneración de los dependientes tampoco está afectada a IVA.

²⁷³ Boletín SII N° 458, enero 1992.

Por lo tanto, la “comisión” que recibe la agencia en este caso es la remuneración que como comisionista le corresponde.

Sin embargo, el Servicio no interpreta legalmente la figura, y trata la comisión de las agencias como cualquier tipo de remuneración.

6.2.3.3 Comisiones cobradas por la venta de bienes exentos de IVA no aprovechan crédito fiscal. Oficio N° 2.291 de 19 de agosto de 1996.

El comitente no puede aprovechar como crédito el IVA que el comisionista le recargue en su factura de prestación de servicio de venta de bienes exentos. El esquema del oficio es el siguiente:

A es vendedor de bienes exentos. Por ejemplo, autos usados. B es comisionista. A encarga a B realizar la venta. B realiza la venta a un tercero. B cobra su comisión por medio de una factura.

Según el artículo 23 de la Ley del IVA, el impuesto recargado en las facturas de comisiones cobradas en ventas de bienes exentos de IVA, no da derecho al beneficiario a utilizarlo como crédito fiscal, aunque si las comisiones son la remuneración tanto de operaciones gravadas como exentas o no gravadas, el crédito fiscal deberá determinarse en forma proporcional.

6.2.3.4 Comisiones por la promoción de contrato de transporte. Oficio N° 2.763, de 4 de octubre de 1996.

La consultante promueve el traslado terrestre de pasajeros en el extranjero, desde el aeropuerto a su destino en la ciudad, emitiendo un *voucher* que se entrega en el aeropuerto de Santiago a quien desee ese medio de transporte.

La remuneración del mandato es una comisión que los transportistas extranjeros pagan a la consultante por cada pasajero que decide ocupar el servicio.²⁷⁴

Para el Servicio la sociedad es mandataria de los transportistas. Ese servicio está gravado con IVA, por lo cual debe emitir una factura en cada periodo tributario, a cada uno de sus mandantes en el extranjero.

²⁷⁴ La consultante cita el Art. 233 del Código de Comercio. Sin embargo el SII no toma en cuenta este argumento.

6.2.4 Comisión como contrato comercial. Artículo 59 N° 2 de la Ley de la Renta, Impuesto Adicional.

Debe advertirse que muchos de los párrafos que explican la postura del SII son muy cortos o inconexos entre sí. La explicación es el esfuerzo por exponer lo estrictamente esencial del oficio, sin caer en las repeticiones del Servicio.

El artículo 59 N° 2 inciso 4° de la Ley de la Renta, grava con Impuesto Adicional las remuneraciones por servicios prestados en el extranjero. Entre otras, están exentas las pagadas por concepto de “comisiones”.

La interpretación administrativa del Art. 59 N° 2 es uniforme. Para el SII la comisión de éste es el contrato mercantil regulado por el Código de Comercio.²⁷⁵ Sin embargo, en ningún oficio explica porqué la comisión de esta norma es la del Código de Comercio, en contraste con las ya vistas.²⁷⁶

6.2.4.1 Comisiones por servicios de custodia. Oficio N° 4.608 de 1992²⁷⁷

Las comisiones que paguen al exterior las AFP por los servicios de custodia prestados por entes o instituciones extranjeras, para invertir sus recursos²⁷⁸, están exentas de Impuesto Adicional, en la medida que las remesas al extranjero se refieran a comisiones.²⁷⁹

Las remesas de las AFPs por “Servicio de custodia” son la remuneración de una comisión.²⁸⁰

²⁷⁵ Salvo la excepción del oficio N° 1582 de 2008. Este es el único oficio, referido al impuesto adicional, que interpreta el término comisiones como referido a otros contratos además de la comisión.

²⁷⁶ Lamentablemente no hay historia de la ley que pueda ayudar a responder esta pregunta. La comisión ha estado exenta de impuesto adicional desde 1974. Las leyes anteriores no habían establecido tal exención de impuesto adicional.

²⁷⁷ Boletín SII N° 470, enero 1993.

²⁷⁸ En virtud de la ley N° 18.964 de 1990, que modificó el DL 3.500 de 1980 y por el DS N° 52, sobre Reglamento de Inversión de los Fondos de Pensiones en el extranjero.

²⁷⁹ ...autorizadas previamente por el Banco Central y verificadas por el SII.

²⁸⁰ Esto es un cambio de doctrina respecto a lo dicho en el Oficio N° 88 de 1993: Cuando los servicios de inversión y custodia son realizados por la misma persona, su remuneración es comisión. Sin embargo, si una persona presta exclusivamente el servicio de custodia, este encargo no es un mandato mercantil, y la remesa de la AFP no tendrá la naturaleza jurídica de comisión, por lo que no estará exenta del Impuesto Adicional.

6.2.4.2 El Banco Central encomienda a un banco extranjero la administración de parte de sus reservas internacionales. Oficio N° 4.419 de 1993.²⁸¹

Respecto de un contrato de préstamos y custodia, el SII concluye que si el banco extranjero actúa como agente, prestando valores sólo a prestatarios que el Banco aprueba, dependiendo de la solvencia del deudor, o como principal, constituyéndose en el único deudor o contraparte del Banco Central, la remesa de éste se origina en la comisión del Código de Comercio.

6.2.4.3 Comisiones remesadas y retenidas. Oficio N° 2.313 de 3 de octubre de 1997.

La colocación de bonos y tramitación de préstamos extranjeros, a cuenta de otra persona, es una comisión mercantil. La forma de pago, mediante remesas o compensación en liquidaciones no afecta la exención de las comisiones.

El SII concluye que la expresión "sumas pagadas en el exterior" comprende las comisiones remesadas desde el país a corredores extranjeros²⁸², y las retenidas en el exterior en las liquidaciones practicadas por los mandatarios. Ambas están exentas de impuesto adicional.

6.2.4.4 Comisión por la administración y colocación de bonos en el exterior. Oficio N° 1.062 de 6 de abril de 1999.

El Estado de Chile encarga a bancos de inversión la administración y colocación de bonos en el exterior. Dicho contrato es una comisión, y su remuneración está exenta de Impuesto Adicional.²⁸³

6.2.4.5 Comisiones pagadas por constructora nacional a comisionista extranjera. Oficio N° 379 de 1° de febrero de 2000.²⁸⁴

Una constructora nacional contrataría a una comisionista extranjera que la represente ante una constructora extranjera, con el fin de adjudicarse un proyecto. La comisión de

²⁸¹ Boletín SII N° 471, febrero 1993.

²⁸² Debe recordarse que los "corredores" en realidad son comisionistas, como se explicó en la primera parte.

²⁸³ Tampoco están afectos al IVA. Circular N° 2.083 de 1987, Circular N° 52 de 1992, complementada por la Circular N° 8 de 1993, y por los Oficios N° 4.444 de 1986 y N° 2.313 de 1997.

²⁸⁴ Boletín SII N° 166 página 555, febrero 2000.

la comisionista extranjera estaría exenta del Impuesto Adicional, si cumple los siguientes requisitos:

Que se trate de comisiones, una autorización del Banco Central y que las sumas sean verificadas por los organismos oficiales correspondientes.

a) Comisiones. El término “comisión” de la norma en estudio es la regulada por el Art. 235 del Código de Comercio. Por lo tanto, debe determinarse si la operación encomendada es mercantil.

El Art. 3 N° 1 inciso 2° del Código de Comercio presume mercantiles todos los actos complementarios de las operaciones de una empresa comercial, aunque su naturaleza sea civil. Esta es una interpretación contrario sensu, que la jurisprudencia judicial ha extendido a todo el derecho comercial.²⁸⁵

6.2.4.6 Comisión por contrato civil no está exenta de Impuesto Adicional. Oficio N° 844 de 27 de febrero de 2001²⁸⁶

Se consulta por una remesa hecha al exterior. En opinión del SII, el negocio encomendado es una operación civil, pues no se encuentra en la enumeración del artículo 3° del Código de Comercio define como actos de comercio. Tampoco puede presumirse que dicho mandato sea mercantil, pues la consultante no es una empresa comercial. Por lo tanto, las remesas no están exentas de Impuesto Adicional.

6.2.4.7 Comisiones por servicio de certificación. Oficio N° 2.620 de 2 de junio de 2003.

La sociedad nacional presta asistencia técnica para inspeccionar o certificar la condición de naves en cumplimiento a estándares técnicos vigentes. Esta actividad se lleva a cabo tanto en Chile y el extranjero.

No es comisión mercantil la remesa producto del mandato suscrito con una sociedad extranjera, ya que clasificar e inspeccionar naves no es acto de comercio. El Oficio N° 2.622 de 1996 concluye lo mismo.

²⁸⁵ Sin embargo el SII no cita siquiera una sentencia que ratifique lo dicho. Esta es una afirmación que se reitera en la jurisprudencia sobre el Art. 59 N° 2.

²⁸⁶ Boletín SII N° 70 página 569, abril 2001.

6.2.4.8 Comisión de un comisionista internacional. Oficio N° 4.654 de 24 de noviembre de 2005.²⁸⁷

Una *Market Finder*,²⁸⁸ comisionista internacional, comercia la oferta de vendedores, recibiendo pedidos y ofertas de distintas mercaderías (oro, divisas, petróleo y sus derivados, urea, azúcar, arroz, etc.). Dicho pedido puede venir de un mandatario del comprador o del vendedor u otro intermediario que ha recibido el requerimiento de compra o de venta. Realizada la operación, percibe una comisión por su trabajo.

El modo específico de trabajo es el contacto en busca de lo solicitado, basado en descuentos, destinos, etc. generando una cadena de intermediarios, que de concluirse la operación, recibirán su comisión. Por el total de intervinientes, se nombran los *Paymaster* por grupos²⁸⁹ quienes, una vez recibida la comisión, deberán pagar su comisiones a cada miembro del grupo. Las comisiones son pagadas por el comprador.

El SII responde que la remuneración de estas comisiones está exenta de Impuesto Adicional, por tratarse de las comisiones reguladas en el Código de Comercio.²⁹⁰

6.2.4.9 Comisiones en la operación internacional de tarjetas de crédito. Oficio N° 3.174 de 10 de julio de 2006.

El Servicio analiza individualmente los cargos por compras, por avance, y los no clasificados.

Cargos por Compras o Tasa de Intercambio. El banco extranjero, emisor de la tarjeta usada en Chile, percibe un porcentaje de la compra,²⁹¹ la cual no es pagada por Transbank, sino que es descontada por el propio emisor al remesar a Chile el valor de la operación. Esta remuneración esta afecta a Impuesto Adicional.

²⁸⁷ Boletín SII N° 149, página 625, diciembre 2005.

²⁸⁸ Buscador de mercados.

²⁸⁹ Pagadores de grupo.

²⁹⁰ En los términos ya expuestos por el Servicio en todos los oficios. Siempre y cuando las operaciones se informen al Servicio, según la Resolución N° 1 de 2003, modificada por la Resolución N° 17 del mismo año.

²⁹¹ La remuneración por la emisión de tarjeta que su titular puede usar en otro país. Esta participación está establecida por las Asociaciones (Visa y MasterCard) en sus estatutos y reglamentos.

Cargos por avance. Pagos hechos al banco donde se realiza el avance en el exterior a través de la Asociación (Visa o MasterCard). Las operaciones de tarjetas de crédito son actos de comercio²⁹², por lo cual la remuneración está exenta del Impuesto Adicional, según el Art. 59 N° 2 de la Ley de la Renta.

Cargos No Clasificados. El uso de tarjetas emitidas en Chile en el extranjero, para pagar en moneda distinta al dólar, se remunera con el 1% del valor de la compra o avance efectuado en el exterior. Este servicio en el extranjero está afecto al Impuesto Adicional.

6.2.4.10 Comisiones pagadas por el refinamiento de metal. Oficio N° 1.582 de 29 de julio de 2008.

Una sociedad minera chilena exporta Dore²⁹³, e cual se envía a refinerías de terceros en Suecia y Canadá, para separar el oro de la plata.

Posteriormente, una sociedad extranjera relacionada con la sociedad chilena, gestiona la venta del producto en el exterior, por cuyo servicio cobrará una comisión de venta.

El artículo 3 N° 4 del Código de Comercio establece como actos de comercio, de parte de uno o ambos contratantes, la comisión o mandato comercial. El artículo 235 define la comisión y los artículos 236 y 302 y siguientes la comisión para vender.

El SII ha señalado que la comisión abarca al contrato de comisión propiamente tal, y también otras figuras, como el corretaje de propiedades, agentes de comercio, martilleros, etc.²⁹⁴

También señala que una sociedad que recibe pedidos y ofertas a nivel internacional (de oro, intercambio de divisas, petróleo y sus derivados, urea, azúcar, arroz, etc.), y cuyo trabajo consiste en unir las partes, es decir, buscar al comprador lo que necesita y

²⁹² Art. 3° N° 11 del Código de Comercio señala que las operaciones de banco son actos de comercio. A su vez, la Ley General de Bancos, Art. 69° establece que son tales, entre otras, efectuar pagos, transferencias de fondos, emitir y operar tarjetas de crédito.

²⁹³ El Dore es una mezcla de oro y plata, por ejemplo 2,6% de oro y 96,4% de plata.

²⁹⁴ Oficio N° 4.062 de 2000.

comercializar la oferta del vendedor, percibe una remuneración exenta de Impuesto Adicional.²⁹⁵

El Servicio concluye que las remesas señaladas son comisiones exentas del Impuesto Adicional del N° 2 del artículo 59 de la Ley de la Renta.

6.2.5 Comisionista.

Hay un gran número de oficios en que el Servicio habla de comisionistas. Se presentará la interpretación del SII de este término y se analizará los oficios más relevantes.

6.2.5.1 Comisionista y sus obligaciones de emitir documentos. Oficio N° 5.192 de 10 de octubre de 2003.

El SII ha interpretado reiteradamente que el artículo 73 del Reglamento de la Ley del IVA, “*de los comisionistas vendedores*”, se aplica a los comisionistas o mandatarios prestadores de servicios. Éstos deben emitir boleta o factura propia por los servicios prestados por cuenta de su mandante, identificándole en aquellos documentos.

6.2.5.2 Comisión de la intermediación. Oficio N° 1.182 de 9 de marzo de 2004.

El consultante presta el servicio de colocación de asesoras del hogar. En el momento en que se le solicita una, él selecciona dos o tres postulantes de las cuales el cliente elige. Concluido este trámite, se cobra la remuneración por el servicio.²⁹⁶

Este mandatario es sólo es intermediario entre las asesoras y sus clientes, sin que exista un vínculo laboral con las asesoras.

El SII determinó que el servicio del consultante es una agencia de negocios. Por ende, sus actos se reputan mercantiles, según el artículo 3°, N° 7, del Código de Comercio. La intermediación es propia de los agentes de negocios. Por lo tanto, se incluye en el

²⁹⁵ Oficio N° 4.654 de 24 de noviembre de 2005.

²⁹⁶ El servicio incluye el cambio gratuito de asesora si después de treinta días ésta resulta no ser eficiente en el desempeño de su trabajo.

artículo 20 N° 3 de la Ley de la Renta. Además, y según el 2 N° 2 de la Ley del IVA, está gravado con este impuesto.²⁹⁷

El SII excluye a este “agente” de la segunda categoría, pues sus actos son mercantiles por constituirse como agencia de negocios, la cual es incompatible con los servicios descritos en el artículo 42° N° 2°. No es relevante si tiene o no oficina establecida.

Análisis.

El oficio hace el siguiente camino: la actividad del consultante es intermediación, es decir, una agencia de negocios, gravada en primera categoría, en el 20 N° 2 y por lo tanto, además con IVA.

En primer lugar, el SII no fundamenta porqué la intermediación constituye una agencia de negocios en lugar de una simple correduría. No explica cuáles son los requisitos para que la intermediación constituya una agencia.

Concediendo que la actividad sea una agencia de negocios, el 42 N° 2 grava las rentas de profesiones o actividades lucrativas en que predomina el esfuerzo personal sobre el capital. El artículo no exige que éstas sean civiles. Por lo tanto, las rentas de la actividad comercial no están excluidas de la segunda categoría.

La razón principal para que el consultante tribute en primera categoría es gravarlo con IVA, excluyéndolo de la exención de IVA de los contribuyentes de segunda.

6.2.5.3 IVA en servicios de telefonía. Oficio N° 854 de 25 de abril de 2008.

Una empresa norteamericana prestará el servicio de telefonía IP en Chile. Un contribuyente nacional venderá el servicio en el país, a cuenta y riesgo de la firma extranjera.

Aquí se trata de dos servicios: el de telecomunicación prestado por la empresa norteamericana, y el de colaboración empresarial, por el cual la empresa norteamericana pagará una comisión.

²⁹⁷ La exención de IVA del Art. 12 E) N° 12, no se aplica, pues está orientada a contribuyentes que prestan servicios con preponderancia de esfuerzo físico, que predomine sobre el capital o los materiales empleados. En el caso consultado, el servicio consiste sólo en la intermediación entre las partes interesadas.

Esta intermediación se enmarca dentro de lo que la ley entiende por comisionista.

Las rentas por esta actividad se clasifica en primera categoría, según el artículo 20 N° 4 de la Ley de la Renta: “4º. Las rentas obtenidas por comisionistas con oficina establecida...”, o en su defecto como rentas del artículo 42 N° 2.²⁹⁸

El SII interpreta que la regla general es que las rentas de los comisionistas son de primera Categoría, y por excepción de segunda Categoría. Los requisitos de la segunda categoría son ser persona natural, sin oficina establecida, no emplear capital y desempeñar su labor en forma personal, sin empleados o terceras personas.

La actividad de comisionista se grava con IVA, si el contribuyente es de primera categoría.²⁹⁹ A contrario sensu, el comisionista de segunda categoría no ve gravada sus rentas.

Análisis:

La interpretación del SII no tiene sustento legal: la Ley de la Renta de ninguna forma sugiere que la regla general sea que el comisionista es de primera categoría. Al contrario, la carga de la prueba recae en el SII cuando estima que concurren los elementos del hecho gravado, (la oficina establecida en este caso).

6.2.5.4 Gastos de automotoras en vehículos de terceros para posterior venta. Oficio N° 1.825 de 27 de mayo de 2009.³⁰⁰

La Automotora recibe vehículos usados en parte de pago del vehículo nuevo, con el fin de realizar su tasación, promoción y venta. El precio se descontará del precio del vehículo nuevo. Bajo esta modalidad, el usado no es comprado por la Automotora, y en la Nota de Venta extendida al cliente por la venta del nuevo, se identifica el vehículo usado recepcionado y el precio pactado.

²⁹⁸ Circular N° 21, de 1991.

²⁹⁹ Art. 2 N° 2 de la Ley del IVA, en relación al propio artículo 20 N° 4, de la Ley de la Renta.

³⁰⁰ MANUAL DE CONSULTAS TRIBUTARIAS, SEPTIEMBRE 2009, Circular N° 17 de 1991.

Esta nota es un mandato, en que se encarga la venta a la Automotora. El precio no puede ser menor al monto que consta en la Nota de Venta, la cual fija el precio en que se compra o “toma” el vehículo, independiente del precio final de venta.

La automotora efectúa gastos tendientes a dejar dichos vehículos en las mejores condiciones operativas y estéticas posibles.

La Automotora actúa como comisionista, emitiendo una factura afecta a IVA por la diferencia de precio entre la Nota de Venta y la transferencia realizada por el cliente.

Las facturas por gastos incurridos deben asociarse a una operación afecta a IVA, como la venta del vehículo nuevo al cliente, que no habría sido posible sin recibir en parte de pago el vehículo usado. A su juicio, es posible utilizar el crédito fiscal derivado de estas facturas, ya que la Automotora vende el vehículo usado a través de un mandato, percibiendo una comisión afecta a IVA.

Los gastos de reparación de los vehículos usados son gastos generales de la Automotora, necesarios para generar la venta del vehículo nuevo y percibir la diferencia de precio al vender el vehículo usado. Por lo tanto, de acuerdo al N° 1 del artículo 23 de la Ley del IVA, procede el uso del crédito fiscal.

Argumentos del SII.

El Art. 23 N° 2 indica que no procede el derecho a crédito fiscal por la adquisición de bienes o la utilización de servicios que se afecten a hechos no gravados. Por lo tanto, ya que la venta de vehículos usados, no se grava con IVA, la Automotora no tendrá derecho a crédito fiscal por el IVA recargado en las adquisiciones o servicios utilizados para la reparación del vehículo.

Diferente es la situación cuando la Automotora “toma” el vehículo usado para venderlo, pues en este caso la empresa se hace cargo del automóvil. En este caso, por las gestiones de mandatario para vender no recibe comisión. El beneficio es el mayor valor que se pueda llegar a obtener en la venta por sobre un precio acordado previamente con el dueño del vehículo. Por lo mismo, los gastos realizados para lograr su plusvalía serán de cargo de la Automotora.

El servicio prestado por la Automotora es el de corretaje de vehículos, por el cual la obtiene su retribución en base a un monto mínimo pactado con antelación. El mandato para vender el automóvil es accesorio y gratuito y apenas una gestión necesaria para la ejecución del servicio principal de la empresa, que consiste básicamente en poner de acuerdo a las partes, comprador y vendedor, para la concreción de la venta del vehículo.

En conclusión, el corretaje se contempla en el artículo 8°, en relación al Art. 2° N° 2 de la Ley del IVA gravado con IVA, por provenir del ejercicio de una actividad clasificada en el artículo 20 N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Por lo tanto, la automotora tendrá derecho al crédito fiscal por el IVA recargado en las adquisiciones o servicios utilizados para la reparación del vehículo tendiente a dejarlo en condiciones óptimas para su posterior venta, por cuanto dichas adquisiciones o servicios se afectan a la realización de un hecho gravado con el tributo en cuestión.

Análisis:

La interpretación de Impuestos Internos es acertada en el sentido de que analiza los hechos presentados, para dilucidar si la automotora puede aprovechar el crédito fiscal de los gastos realizados en el automóvil.

Para llegar a tal conclusión, define si su actividad está gravada con IVA. Poco importa la distinción entre comisionista y corredor, pues ambos están gravados³⁰¹ en el Art. 20 N° 4 de la Ley de la Renta. Por lo tanto, el Servicio interpreta correctamente al permitir a la automotora aprovechar el crédito fiscal.

Esto contraría la conclusión del oficio N° 2.291 de 1996, según el cual la comisión por la venta de un bien exento de IVA no puede aprovechar el crédito fiscal. En este caso, el Servicio se enfoca erradamente en el hecho no gravado, perjudicando al comisionista de primera categoría, gravado con IVA.

6.2.6 Reembolso de gastos.

³⁰¹ La automotora tiene oficina establecida.

6.2.6.1 Los comisionistas profesionales cobran de dos formas: reembolso de gastos y comisión propiamente tal. Oficio N° 2.111 de 24 de junio de 2009.

El reembolso de gastos de un mandato no se grava con Impuesto Adicional, siempre que dichas sumas no correspondan a la remuneración por los servicios prestados en el extranjero por el comisionista.³⁰²

6.2.6.2 Reembolso de gastos de la intermediación. Oficio N° 1.828 de 27 de mayo de 2009.³⁰³

Una empresa contrata transporte internacional de carga a nombre de sus clientes, cobrando una comisión por la intermediación. Esta comisión está afecta con IVA. Adicionalmente factura, sin IVA, las cantidades recibidas de sus clientes por reembolso de gastos incurridos en la contratación del transporte, cantidades que son equivalentes a los desembolsos incurridos por la empresa en la contratación de los servicios.

En el mismo sentido, un transportista que intermedia a nivel nacional e internacional de carga debe emitir facturas exentas de IVA para cobrar a sus clientes los fletes contratados por cuenta de terceros. Dicha factura se emite sólo para rembolsar el flete aéreo que la empresa contrata por cuenta del cliente en Chile.³⁰⁴

El Servicio concluye que la recuperación de gastos no se grava con IVA, pues los desembolsos son sumas pagadas para contratar servicios por cuenta de su mandante, respecto de los cuales, el mandatario no es prestador.

6.2.6.3 Comisiones del franchising. Oficio N° 203 de 17 de enero de 2001.

El franchising es una operación mediante la cual una empresa extranjera ofrece a una chilena ocupar su marca para que producir, incluso entregándole capital e infraestructura para instalar una franquicia en el país, la cual debe pagar una cuota de

³⁰² Los gastos en que incurre cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 2158 del Código Civil. El tema principal del oficio es el reembolso de los gastos. El SII enumera todos los requisitos de la operación, lo que no es pertinente para este estudio.

³⁰³ MANUAL DE CONSULTAS TRIBUTARIAS, SEPTIEMBRE 2009.

³⁰⁴ Oficio N° 1.161 de 2007.

incorporación, reembolso de gastos hechos al extranjero y comisiones mensuales, además de las exigencias de calidad e inversión en publicidad y capacitación.³⁰⁵

Se consulta por la tributación de la cuota de incorporación y las comisiones y cómo se contabilizan y tributan los egresos por reembolsos remesados correspondientes a gastos efectuados en el extranjero.

La cuota de incorporación es una remesa en pago del uso de una marca, patente o por cualquier otra asimilación. Esta situación está comprendida en Art. 59 inciso 1º de la Ley de la Renta: "...por el uso de marcas, patentes, fórmulas, asesorías, y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquier forma de remuneración...". Por lo tanto, la cuota de incorporación está gravada con Impuesto Adicional. Sobre las comisiones, el SII concluye de la misma manera.

³⁰⁵ El SII cita una definición de franchising. "Contrato en virtud del cual el franchisor se obliga a ceder al franchisee, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativos de un producto o de un servicio, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho." MALDONADO C, SONIA. El Contrato de Franchising, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Página 59). El oficio agrega las características: innominado, bilateral, oneroso, consensual y comercial, pues tiene como propósito la realización de actos de comercio, ya sea de bienes o servicios.