

EL PRESUPUESTO DE EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMO CONDICIÓN PREVIA A LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA¹

Arturo Prado Puga

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile

I. PLANTEAMIENTO

La actual Ley de Quiebras N° 18.175, delimita los sujetos pasivos de la quiebra formulando una doble clasificación entre deudor *calificado* y deudor *no calificado* a partir de lo cual se derivan diversas consecuencias jurídicas².

El *deudor calificado* es conceptualmente caracterizado en este nuevo marco legal, como aquel que *ejerce actualmente una actividad comercial, industrial, minera o agrícola*, lo que hace necesario examinar el alcance que debe concederse a la alocución verbal "ejercer", que se emplea en la redacción de los arts. 41, 43 N° 1 y 52 N° 1, para encuadrar el supuesto de aplicación de los efectos jurídicos asignados al deudor calificado, teniendo para ello en consideración que la declaración de quiebra puede abrazar actividades de trascendencia económica que tradicionalmente fueron excluidas de la mercantilidad como ocurre con la minería y la agricultura.

Contraponiéndose a lo que son los antecedentes fidedignos de esta normativa y provocando una cierta ruptura con lo que era el modelo tradicional en esta materia, se ha sostenido que si bien la sociedad anónima reviste legalmente el carácter de mercantil, la Ley de Quiebras habría establecido en el N° 1 del artículo 43 una exigencia anexa a la calidad de comerciante, no siendo suficiente el antecedente formal del tipo social para satisfacer el presupuesto de apertura del concurso.

La idea que se postula es que la sociedad anónima cuya quiebra se solicita y que haya cesado en el pago de una obligación mercantil, debe *ejercer efectivamente* una actividad comercial, industrial, minera o agrícola como condición previa para declarar su quiebra.

Se pone en evidencia una distinción inédita en nuestro régimen concursal que, amparada por la opinión de algunos autores nacionales, condiciona la aplicación de esta institución a la concurrencia de un dato real expresivo de un concreto ejercicio.

¹ Véase anteriormente del autor, "Alcance del Artículo 43 N° 1 de la Ley de Quiebras en relación con la sociedad anónima", *Gaceta Jurídica*, N° 125, página 7, noviembre 1990. Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile.

² Con respecto al deudor calificado, cabe destacar el mayor rigor frente a las causales de quiebra, en el evento de que cese en el pago de una obligación mercantil. Destaca asimismo la carga que pesa sobre este de solicitar y denunciar su propia quiebra, bajo los apercibimientos que la ley señala y por último, el proceso penal de calificación, abierto paralelamente con la declaratoria, para investigar si la cesación de pagos es o no constitutiva de delito. Sobre esto, véase PUGA VIAL J. E., *Derecho Concursal El juicio de quiebras*. Edit. Jurídica de Chile, Segunda Edición (Santiago, 1999), pág. 194 y 195.

Por las razones que expondremos a continuación, nos inclinamos a pensar que este requisito desdibuja completamente la característica básica de la sociedad anónima, de ser una categoría de *acto formal y exclusivamente* mercantil cuando se constituye con arreglo a las formalidades indicadas en la ley (escritura pública, inscripción en el Registro de Comercio y publicación en el Diario Oficial). De paso, se olvida que la sociedad es en sí misma una actividad con una finalidad que trasciende el contrato, y que una aproximación más depurada a este problema, con apoyo de la correcta dogmática que se ocupa del tema³, nos lleva a sostener que el requisito exigido para declarar la quiebra de la sociedad anónima se satisface sin que sea necesario recurrir al dato real encarnado en la actividad que ejerce, siendo suficiente el dato formal relativo a la estructura social que asume esta entidad.

II. LA CUESTION SOBRE LA NATURALEZA MERCANTIL DE LA SOCIEDAD ANONIMA

El Código de Comercio atribuye la condición de *comerciante*, por una parte, a las *personas naturales*, y por otra, a los *comerciantes sociales*, cuya personalidad moral o institucional emerge de un contrato asociativo.

Sin embargo, a diferencia de los primeros, las personas morales, como sucede con la sociedad anónima, *nacen*⁴ con esa calidad, y en la actualidad *son comerciantes por la forma social* libremente escogida por los socios e inscrita en el registro pertinente, aun cuando en la práctica no realicen ningún acto de comercio. El comerciante individual, en cambio, *se hace* comerciante por la repetición y profesionalidad (*professio et exercitum facit mercatorum*) con que realiza los actos mercantiles señalados en el artículo 3º del Código de Comercio⁵.

Cabe señalar que previo a la promulgación de la ley vigente, era posible distinguir entre *sociedades anónimas civiles* (principalmente agrícolas, ganaderas, inmobiliarias, constructoras y pesqueras) y *sociedades anónimas mercantiles*, entendiendo que el juicio de distinción gravitaba en el *objeto* para el cual se formaban (ejecutar negocios que la ley califica de actos de comercio)⁶. Era menester, pues, *acreditar* la mercantilidad de esta última, conforme lo prescribía el artículo 2059 del Código Civil, que trazaba el distingo entre sociedades civiles y comerciales. Estas últimas se *formaban* para actos a los que la ley les atribuía carácter comercial⁷. Sin embargo, el artículo 2064 del Código Civil en su primitiva redacción, establecía que si la sociedad anónima era *civil*, la sociedad anónima conservaba en cuanto a su *forma su carácter mercantil* y quedaba gobernada por las solemnidades (constitución e inscripciones) pertinentes del Libro II, Título VII, párrafo 8º del Código de Comercio, y del D.F.L.

³ PROVINCIALI Renzo, *Tratado de Derecho de Quiebra*, Vol. I, Editorial AHR (Barcelona, 1959), pág. 158: "Para someter al concurso una sociedad con objeto comercial, no es menester indagar si ejerce profesionalmente una actividad económica organizada, como para el empresario persona-física (artículo 2082), porque está en su propia naturaleza. La constitución o inscripción basta para el nacimiento de la sociedad comercial, y por ende, para someterla al proceso concursal".

⁴ VARELA VARELA Raúl, *Derecho Comercial*, T.I. (Santiago, 1959) p. 192.

⁵ En este sentido, vid. P. Ríos Vergara, "Personas que pueden ser declaradas en quiebra", *Memoria de Prueba Universidad Católica de Chile* (Santiago, 1962), pág. 5: "La jurisprudencia ha resuelto que la característica de comerciantes que los individuos se atribuyen en una escritura de constitución de sociedad, no da a esta carácter mercantil, lo que está demostrado al ejecutar actos civiles (C. de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 1915)".

⁶ En esta dirección, HERRERA REYES L., *Sociedades, Estudio Institucional en el Derecho Vigente*. (Santiago, 1935), pág. 256. "Nosotros pensamos que esta distinción no comprende a las sociedades anónimas civiles, por cuanto si bien es cierto que se rigen por las reglas contenidas en el Código de Comercio, no por eso puede decirse que tengan la calidad de comerciantes, ya que para determinar esta calidad no basta que se rijan por tales o cuales reglas, sino que sus actos sean de los que se consideran comerciales".

⁷ PALMA ROGERS G., *Derecho Comercial*, t. I. (Santiago, 1940), pág. 250. En tal caso, afirmaba este autor, "había que atender al objeto de la sociedad, criterio exactamente igual al que se sigue para calificar una persona de comerciante: se atiende a los actos que ejercita habitualmente". Por su parte, el italiano ROCCO A., afirma en sus *Principios de Derecho Mercantil*. Parte General (México, 1981), pág. 230: "así como para la persona física no basta la intención, para la jurídica es suficiente el fin".

Nº 251 de 30 de noviembre de 1946, *pero no podía ser declarada en quiebra* por cuanto el *objeto social* era determinante para los efectos de precisar su condición de deudor comerciante, y era por lo tanto, *civil*⁸.

Esta dualidad de reglas se modificó únicamente a partir de la promulgación de la Ley Nº 18.046. En ella, y siguiendo una doctrina moderna sobre la "*fijeza del tipo social*", se configuró un régimen unitario para la sociedad anónima, por cuya virtud el sello mercantil (artículo 1º) aparece prescrito *en todo caso* (artículo 2064 del Código Civil y artículo 12 inc. 2º de la Ley Nº 18.046) y emerge "*aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil*".

Como se advierte, pueden existir actos que sean objetivamente civiles (sobre actividades inmobiliarias o empresas agrícolas), pero resulta que son realizados con carácter de accesorios de una organización estable de naturaleza mercantil, como sería el caso de la sociedad anónima⁹.

Precisamente, y en contraste con la normativa preexistente, el carácter mercantil se aplica a la *naturaleza* del ente, *cualquiera sea su objeto*, siendo esta peculiaridad, además, uno de los avances unánimemente reconocidos por la doctrina¹⁰.

A diferencia, pues, de otros tipos societarios —como sucede con la colectiva en comandita o de responsabilidad limitada— el criterio de comercialidad viene ahora señalado exclusivamente por la *forma* (principio de la comercialidad formal) en lugar del *objeto*¹¹.

III. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA QUIEBRA DE LA ANÓNIMA

La antigua Ley de Quiebras Nº 4.558 de 4 de febrero de 1929, configuraba para los efectos de la declaratoria de quiebra un sistema de causales exclusivas del denominado "*deudor comerciante*" en el Nº 1 del artículo 37¹².

⁸ BONELLI Gustavo, *Del fallimento* (Commento al Codice di Commercio), V. 1. (Milano, 1938), pág. 34, nos recuerda que el artículo 229 del Código de Comercio italiano dispone que la sociedad que no tenga por objeto el ejercicio del comercio, y por lo tanto, las sociedades civiles, aunque se constituyan en forma de anónimas, quedan sujetas a las disposiciones del Código de Comercio, salvo los preceptos relativos a la quiebra.

⁹ Véase MORA Fernando, *Introducción al estudio del derecho comercial, Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense* (San José, 1982), pág. 96. Fabio Alberto Arias-Córdoba, "El concepto de acto de comercio como materia delimitadora de nuestro derecho comercial", *Revista Acta Académica*, Universidad Autónoma de Centro América. (1997) Nº 20, pág. 133 a 166. En Italia, el empresario agrícola está expresamente excluido de la quiebra por el art. 2136 del Código Civil, en la medida en que su actividad no se encamine a la producción o circulación de bienes y servicios. Vid. Renzo PROVINCIALI, *Manuale di Diritto fallimentare* (Milano, 1969) 5ª Ed. págs. 168 y sigs.

¹⁰ SANDOVAL LÓPEZ R., *Manual de Derecho Comercial I*, 2ª ed. (Santiago, 1986), pág. 422-423, quien lo ve como "un avance del derecho comercial".

¹¹ Vid. RIPERT G., *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 17ª Edit. par Michel Germain et Luis Vogel, T. I (París, 1998), Nº 1160, pág. 911. La actual ley francesa de sociedades, de 24 de julio de 1966 (artículo 12, párrafo segundo), atribuye un rol secundario al criterio del objeto al afirmar que "...sont commerciales a raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés a responsabilité et les sociétés par actions...", es decir, agrupa casi todos los tipos sociales siendo la anónima, la primera en ser declarada comercial por ley de 1893. La imposición legal de mercantilidad por la forma, cualquiera sea su objeto, se observa también en España (artículo 3º Ley de 17 de julio de 1951). En México (artículo 4º, de la Ley General de Sociedades Mercantiles); en Costa Rica (artículo 5, letra c, del Código de Comercio); en Bolivia (artículo 126).

En Argentina, la Ley 19.550, sobre sociedades comerciales, consagra la comercialidad de todas las sociedades contempladas en la ley, en razón del tipo legal adoptado, con prescindencia del objeto estatutario (mercantilidad absoluta).

¹² Artículo 37 Nº 1 de la Ley Nº 4.558 de 1929: "Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos: 1º Cuando el deudor comerciante cese en el pago de una obligación mercantil". "Bajo el imperio del Código de Comercio, las quiebras de las personas jurídicas estaban sometidas a las normas generales, las que conforme al inciso 12 del artículo 1342, se aplicaban tanto a las personas naturales como a las colectivas. Vid. Jorge CARRASCO VÁSQUEZ, *Evolución del Derecho de Quiebras en Chile* (Santiago, 1963), pág. 95.

Los autores sostenían que para ver si el deudor era comerciante, bastaba aplicar lo dispuesto en el artículo 7° del C. de C., que declara que son comerciantes, los que teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual¹³. La nota de habitualidad y la fuerza de la publicidad de los actos eran suficientes tratándose del comerciante individual, lo que se contraponía al trato otorgado a las sociedades comerciales, en que además de la forma, era esencial el objeto adoptado en su constitución, así como la publicidad de esta, mediante la inscripción en el respectivo registro de comercio, todo lo cual permitía configurar el signo diferencial frente a las sociedades civiles.

Como se podrá advertir, este sistema era consistente con la existencia de un régimen de sociedades, cuya naturaleza comercial venía delimitada y resuelta por la sola lectura del *objeto* manifestado por los socios en la escritura social¹⁴.

Por lo que atañe a la *sociedad anónima mercantil*, se establecían normas *especiales*¹⁵ acerca de su estado de *insolvencia* y quiebra en los artículos 37 y 130 del D.F.L. 251 del año 1931.

En la actual normativa, que entró en vigencia el año 1981, las reglas que gobiernan las crisis patrimoniales de estas sociedades (artículos 101 y siguientes) quedan sometidas al régimen común establecido por la Ley de Quiebras de 1982, con excepciones establecidas en atención a ciertos sujetos pasivos que realizan actividades de considerable trascendencia (Bancos, Bolsas de Valores, Compañías Aseguradoras, Administradoras de Fondos de Pensiones, etcétera).

La nueva legislación vino a trazar un distingo entre *sociedades anónimas abiertas* y *sociedades anónimas cerradas*, imponiendo eso sí a la primera, la obligación de informar a la Superintendencia de Valores y Seguros la circunstancia de haber cesado en el pago de una o más de sus obligaciones (inc. 2° del artículo 101 de la Ley N° 18.046).

Con estas precisiones es sustentable como premisa, que tanto el régimen para las sociedades anónimas abiertas como para las cerradas, se rige en la actualidad por un *tratamiento concursal unitario*¹⁶ y que la actual ley de quiebras no establece normas especiales respecto de las anónimas.

¹³ Véase Palma Rogers G., *Legislación de Quiebras* (Santiago, 1963), pág. 15; A. RIOSECO V. "De las causales de declaratoria de quiebra", *Memoria de Prueba, Universidad de Chile*, (Santiago, 1941), pág. 26; J. ZALAUQUETT DAHER, "La causa de declaratoria de quiebra" (Santiago, 1968), pág. 124, "Acerca de la determinación de la calidad de comerciante del deudor no existe mayor problema porque hay una remisión tácita a otros preceptos (artículo 7° del Código de Comercio) en relación con el artículo 3° del mismo Código, fundamentalmente".

¹⁴ Pudiendo además establecerse el ejercicio de actos de comercio y por ende, su condición de comerciante, atendiendo otros medios de prueba. Así, *Revista Fallos del Mes*, julio de 1979: "La declaración de quiebra fundada en la causal del N° 1 del artículo 37 de la Ley de Quiebras se encuentra acorde con el mérito de autos. La calidad de comerciante del afectado está acreditada con sus propias declaraciones en tal sentido, contenidas en cinco escrituras públicas, suscritas por él y acompañadas a los autos".

¹⁵ Vid J. Zalaquett Daher, ob. cit., págs. 4 y ss. En el régimen anterior, la razón determinante de la declaratoria de quiebra de una sociedad anónima era su insolvencia. Destaca que se establecieran reglas específicas contenidas en el D.F.L. N° 251, que tenían por objeto asegurarse de que la quiebra no había sido declarada sin el hecho previo de la existencia de declaración de insolvencia, sobre la cual debía pronunciarse la Superintendencia de Sociedades Anónimas de la época. Vid. P. Ríos Vergara, ob. cit., pág. 71.

¹⁶ Sobre esta materia puede consultarse a Rafael Eyzaguirre Echeverría, "Situación de una compañía de seguros frente a las disposiciones de la Ley de Quiebras", "Boletín Informativo N° 21 de la Fiscalía Nacional de Quiebras, págs. 13 a 19. Véase el Título XV de la Ley General de Bancos, D.F.L. N° 252, publicada en el D.O. de 4 de abril de 1960, agregado por el artículo 1°, letra z), de la Ley N° 18.576, de 27 de noviembre de 1986. Con respecto a las Compañías Aseguradoras, el artículo 37 del D.F.L. N° 251 de 20 de mayo de 1931 fue derogado por la Ley N° 18.660, de 20 de octubre de 1987, que refundió en un solo título (IV, párrafo quinto), los presupuestos y procedimientos de quiebra de las compañías de seguros. Por su parte el artículo 145 de la Ley N° 18.046, de fecha 22 de octubre de 1981, derogó desde el artículo 83 al 139, ambos inclusive, del D.F.L. N° 251 de 20 de mayo de 1931, que regulaban las crisis patrimoniales de las sociedades anónimas, remitiéndose en la actualidad (artículo 87) en forma expresa a la Ley de Quiebras N° 18.175.

IV. VALORACIÓN LÓGICA, SISTEMÁTICA E HISTÓRICA
DEL ARTÍCULO 43 N° 1 DE LA LEY DE QUIEBRAS

Contrariamente al análisis sostenido por la doctrina que analizaremos en el epígrafe que sigue, la interpretación del artículo 43 N° 1 de la Ley de Quiebras no puede ser hecha en forma aislada, sino de conformidad al contexto íntegro de su articulado y de sus antecedentes.

A) *Contexto lógico*

En primer lugar, el artículo 41 de la Ley de Quiebras obliga al deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, a solicitar la declaración de su quiebra antes de que transcurran 15 días, contados desde la fecha en que ha cesado el pago de una obligación mercantil.

Posteriormente, el N° 1 del artículo 43 le concede al acreedor, aun cuando su crédito no sea exigible, el derecho a pedir la quiebra en los casos en que el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, haya cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo; el N° 1 del artículo 52 ordena que la sentencia que declare la quiebra contendrá la determinación de si el deudor está o no comprendido en el N° 41. En este caso, agrega, se estará a la *actividad que el deudor ejercía* a la fecha en que contrajo la obligación.

Dice, por último, el artículo 57 inc. 2° de esta ley, que el recurso especial de reposición se podrá interponer con el objeto de *rectificar* la determinación a que se refiere el N° 1 del artículo 52.

Del conjunto de estas disposiciones analizadas en su *sedes materiae*, es posible colegir que el ejercicio de la actividad no se refiere al giro efectivo de la sociedad, sino a su objeto.

Atribuir dicho significado a la voz "ejercicio" haría imposible la quiebra de este tipo de entidades, en el caso que se encuentren disueltas¹⁷ o que se constituyan para la ejecución de negocios civiles o ejecuten en forma accidental actos mercantiles. Implicaría de otro modo, que para el caso de la anónima, que no obstante el carácter típicamente mercantil prescrito por el legislador, mantiene una actividad civil al no acreditarse por el solicitante la ejecución efectiva de actos de comercio, o de actos propios de un deudor calificado lo que no es compatible con los fines y la *ratio legis* de la nueva normativa y con lo ordenado por el legislador en las disposiciones sobre este tipo de sociedades, las que a fin de evitar una eventual desarmonía, contradicción o *antinomía*, deben prevalecer, conforme a los criterios generales de interpretación.

Veamos si en el proceso de formación de la ley encontramos elementos para desentrañar el significado y alcance de la norma.

B) *Antecedentes del precepto*

Los antecedentes fidedignos del establecimiento del artículo 43 N° 1 y el espíritu que lo anima, nos llegan a través de la lectura de los tomos 72 y 73 en que se plasmó el Proyecto de Ley N° 18.175.

En su punto de partida, el Proyecto del Ejecutivo¹⁸ pretendió sustituir la vieja contraposición entre deudor comerciante y no comerciante, formulando una nueva distinción entre *deudor empresario* y *no empresario*, por estimarla "más concordante con la realidad jurídica y económica que se observa en nuestro país"¹⁹.

¹⁷ Los franceses las denominan: "Faillite après retraite", refiriéndose a aquellos comerciantes que abandonan la actividad, al que se le pide la quiebra por deudas contraídas durante la explotación. Vid. E. THALLER, "Traité Élémentaire de Droit Commercial", revue et mise à jour par J. Percerou (Paris, 1931) N° 1728, pág. 1074.

¹⁸ Secretaría de Legislación H. Junta. Folios 5 a 144, tomo 72 y tomo 73. Folios 350 a 746, Ley N° 18.175.

¹⁹ Ob. cit. Folio 117, t. 72.

La intención del Ejecutivo era extender, "en una medida importante, el ámbito de aplicación de las actuales normas relativas a la quiebra del deudor comerciante, puesto que el concepto de empresario es más amplio que el de comerciante"²⁰.

La innovación añadida es extensiva a "todas aquellas personas naturales y principalmente jurídicas, que realizan actividades de considerable trascendencia económica y social para el país y difícilmente podían ser calificadas de comerciantes"²¹.

En relación con este punto, la Cuarta Comisión Legislativa sostuvo que era pertinente proceder a una *unificación completa* de esas calidades atribuibles al deudor, y desestimar definitivamente toda distinción entre deudor comerciante y no comerciante y entre empresario y no empresario, de tal manera que todos los deudores, cualquiera fuera la actividad que realizaron, quedan para todos los efectos de su quiebra, sujetos a un *mismo sistema jurídico*²².

La Comisión Conjunta, sin embargo, coincidiendo con los representantes del Ejecutivo, observó que "efectivamente había diferencias que justificaban un tratamiento diverso para algunos deudores, cuya quiebra no acarrearía una consecuencia ulterior para el orden económico, a diferencia de la de otros que comprometan los intereses generales del sistema económico, por su cuantía, por el número de personas afectadas o por la publicidad que el caso hubiere alcanzado"²³.

En resumen, en la reconstrucción formativa de la ley no hay dato histórico que respalde la valoración propuesta por la doctrina.

La actual redacción del precepto nada tiene que ver en su intención o espíritu con el ejercicio *efectivo* de una actividad mercantil, sino con la necesidad de *delimitar* con la mayor claridad posible, quién puede ser sujeto pasivo de una quiebra y la condición que se le atribuye para los efectos de determinar su carácter de deudor calificado y no calificado²⁴.

V. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA RELATIVAS AL EJERCICIO EFECTIVO DE UNA ACTIVIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 43 N° 1

Como hemos dicho, algunos autores han sostenido que bajo la actual ley concursal, la sociedad anónima no puede ser declarada en quiebra ni se satisface el presupuesto de apertura por el solo hecho que la ley de sociedades anónimas haya dispuesto su mercantilidad formal, ya que la Ley de Quiebras en sus arts. 41 y 43 N° 1 no se está refiriendo a la naturaleza jurídica de la sociedad, sino que a un antecedente adicional, cual es, su giro *efectivo y real*²⁵. El eje del problema consiste en ver si la fórmula empleada por el legislador es o no aplicable a la sociedad anónima.

A) Construcción dogmática. El Prof. Ricardo Sandoval preside la tesis que exige un ejercicio efectivo a la sociedad anónima al afirmar²⁶ que "Cuando el deudor es una sociedad, persona jurídica, no interesa que sea mercantil, según el objeto para el cual se ha consti-

²⁰ Ob. cit. Folio 217, t. 72.

²¹ Ob. cit. Folio 236, t. 72.

²² Ob. cit. Folio 353, t. 73.

²³ *Ibidem*. El Proyecto de la Comisión Conjunta fue relatado por don Jaime Illanes. En el folio 393, t. 73, se contiene el texto propuesto que es el que en definitiva se aprobó con fecha 4 de octubre de 1982 y promulgado el día 13 de octubre de mismo año.

²⁴ La doctrina observa sin embargo, la indeterminación del concepto elaborado por esta comisión en torno a la expresión "actividad comercial". Vid. A. Puelma, ob. cit., pág. 36 y J. E. Puga Vial, ob., cit., pág. 208 y 209 quien se muestra partidario de recurrir, entre otras fórmulas, al concepto de deudor empresario, para redondear la idea que se tuvo para concebir una norma como el art. 41.

²⁵ Véase, G. FARINA "Assogetabilità al fallimento di società commerciale che non esercitano attività imprenditrice", Rivista di Diritto Fallimentare, año 1967, T.II, págs. 423 y sigs.

²⁶ R. Sandoval López, ob. cit., t. II, pág. 360. En el mismo sentido J. E. Puga Vial, ob. cit., pág. 198 y 199.

tuido o la forma jurídica que adopta (sociedad anónima), sino que *desarrolle actividades comerciales, mineras o agrícolas*, para que si cesa en el pago de una obligación mercantil, concurriendo los otros requisitos, pueda solicitarse por su acreedor la quiebra fundada en el artículo 43 N° 1°. En otros términos, agrega este autor, “no interesa la calificación jurídica de este tipo de sujetos sino un aspecto de hecho: *que ejerza las actividades señaladas*”.

En conexión con este planteamiento, el Prof. Puelma Accorsi²⁷ sostiene por su parte que “Como la ley no requiere en la actualidad, para los efectos analizados, la calidad de comerciante, industrial, agricultor o minero, sino en el *ejercicio de dichas actividades, habrá que probar el efectivo ejercicio de ellas, aun tratándose de sociedades cuyo objeto social sea mercantil, agrícola o minero*”.

A renglón seguido apunta que “Si se establece en el proceso el efectivo y permanente ejercicio de la actividad a que se refiere la ley, se entiende cumplido este requisito, no importando las otras actividades que pueda tener el deudor y la importancia relativa de dicha actividad con relación a las otras que pueda ejercer, salvo el caso de que se estableciera que ellas son accesorias a una actividad principal no comprendida en aquellas a que se refiere la ley en el N° 1 del artículo 43, porque en este último caso estimamos que *no hay ejercicio efectivo y permanente de la actividad que se trate*”.

Este mismo criterio orienta al autor Edgardo Palacios Angelini²⁸, al señalar que “actualmente deberán acreditarse en cada caso los hechos constitutivos de la actividad de que se trate, quebrando como deudores del artículo 43 si *efectivamente* desarrollan alguna actividad comercial, industrial, minera o agrícola; y no si no están comprendidas sus actividades en las señaladas”.

Como se puede apreciar la revisión de fórmula del “ejercicio” se aplica sin trazar distingo entre comerciante individual o social.

B) Jurisprudencia: Veamos ahora la breve casuística: La Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda²⁹ admite la posibilidad de acreditar mediante testigos, que el deudor, en la especie una sociedad de responsabilidad limitada, no ejercía efectivamente una actividad comercial. En el supuesto enjuiciado, la Corte consideró “*que la testimonial rendida por la sociedad comercial desvirtuaba ampliamente la afirmación del recurrente en el sentido que la sociedad ejercía una actividad mercantil*”.

El fallo del Tribunal de Alzada se explica por cuanto, como sostuvimos en el epígrafe precedente, la sociedad de responsabilidad limitada delimita su comercialidad por su *objeto social* y admite –en contraste con la anónima– la doble naturaleza civil o mercantil de este tipo de sociedades (art. 2° Ley 3.918, de fecha 14 de marzo de 1923).

Con anterioridad y tratándose de un comerciante *individual*, la Corte Suprema³⁰ había desestimado la alegación que pretendió a través de testigos probar que no ejercía una actividad comercial y que obraba en representación de una sucesión, que no revestía dicha condición ni tampoco había desarrollado ninguna actividad comercial. La Corte sentenció en esa oportunidad que “*La ley solo exige como condición para declarar la quiebra de una persona*

²⁷ A. Puelma Accorsi, ob. cit., pág. 36. El mismo criterio sostiene en Sociedades T. II (Santiago. 2001) págs. 466 y 467.

²⁸ E. Palacios Angelini, ob. cit., pág. 20. Este mismo autor opina que el objeto en materia de sociedades ha pasado a ser irrelevante, ya que, según su parecer, sería una pura cuestión de hecho apreciar o no si la sociedad ejerce actividades comerciales (pág. 19), extendiendo estas conclusiones a la sociedad anónima lo que nos parece infundado.

²⁹ Gaceta Jurídica N° 50 pág. 81, P.A.C. 1 de agosto de 1984 Rol 739-83.

³⁰ Gaceta Jurídica N° 96, pág. 15, C Suprema, 15 de junio de 1988, Rol N° 3.907.

que el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, o sea, basta la actividad de esta persona frente a sus acreedores independientemente de que esta cumple con las prescripciones reglamentarias que las autoridades administrativas exijan para el desempeño de estas funciones”.

Particular relieve con referencia a este problema reviste el fallo de la Tercera Sala de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que con fecha 6 de julio de 1989, se ocupa del tema en relación a una sociedad anónima (considerando 1°), declarando que:

“La normativa actual sobre la materia es más rigurosa para el acreedor que desea obtener la declaración de quiebra de su deudor puesto que el artículo 43 prescribe, entre otras exigencias, que el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y dado que el verbo ‘ejercer’ implica practicar los actos propios de un oficio, significa que en el caso ventilado la “Sociedad Inmobiliaria ... S.A. debería practicar o realizar efectivamente una actividad comercial por encontrarse en el caso propuesto por la disposición legal citada”³¹.

Desemboca esta exposición con un fallo de la Corte Suprema de Justicia, recaído en el caso “Eléctrica Pullinque S.A.³² en la que el Alto Tribunal, acogiendo un recurso de casación en el fondo y la forma por mayoría de votos argumenta... “Golán” hoy “Pullinque” ha sido una sociedad de carácter mercantil dada su calidad de sociedad anónima, como lo prescribe el art. 1° de la Ley 18.046, y se constituyó con la finalidad de llevar a cabo operaciones de índole mercantil” (Consid. 8°):

“Que de todo lo antes razonado fluye que el ...Golán, al adquirir el 51% de las acciones de la Hidroeléctrica y contratar un préstamo con el Banco del Estado de Chile destinado a su financiamiento no efectuó un mero acto civil de adquisición de acciones a modo de inversión, sino que realizó una operación empresarial de toma de control...” (Consid. 18°). “Que, en consecuencia, la resolución recurrida ha efectuado una equivocada calificación jurídica al considerar como acto civil la adquisición de acciones antes anotada y como obligación no mercantil respecto de la demandada aquella proveniente del mutuo cuyo producto fue destinado a tal adquisición accionaria, con lo cual dejó de aplicar la norma legal citada en el fundamento precedente y aplicó erróneamente el art. 43 N° 1 de la Ley N° 18.175, sobre quiebras...” (Consid. 19°).

En el voto de minoría se consigna la opinión del Ministro Sr. Jordán que destaca *“Que la circunstancia, de texto legal, que las sociedades anónimas revistan el carácter de mercantiles, no significa que las operaciones que realizan como personas jurídicas, todas en su integridad de manera absoluta y sin discriminación, tengan el carácter de actos o contratos comerciales, lo cual conlleva que no ha existido infracción al artículo 47 del Código Civil y de igual manera al artículo 101 de la Ley 18.046 en relación con los artículos 1° de dicha ley y 2064 del Código citado en primer término”.*

Como se colige, el criterio que sienta este voto minoritario aparece informado por la doctrina antes expuesta.

No obstante, en la quiebra “Editorial Universitaria” la Corte de Apelaciones de Santiago confirma la sentencia de primera instancia³³ que sostuvo en el Consid. 13° *“Que en cuanto a*

³¹ Causa Rol N° 9.151, Séptimo Juzgado Civil de Valparaíso, Rol Ingreso de I. Corte N° 2270-88 y Recurso de Queja Civil 165-88 (desistido).

³² Corte Suprema de Justicia, Rol 2951-98, 6 de diciembre de 1999, recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el Banco del Estado de Chile.

³³ Primer Juzgado Civil de Santiago, quiebra “Bhifactorig con Editorial Universitaria S.A.” Sentencia de 17 de marzo de 2000, Rol N° 4509-1999, Voto de los Ministros Juan González, Domingo Kokish y doña María Cristina Navajas, de 28/8/2000, Rol 1931-2000.

la actividad que ejerce la fallida "Editorial Universitaria S.A." no cabe duda que su condición de deudor comerciante emerge no solo de su naturaleza formal como sociedad anónima cuya mercantilidad prescribe el art. 18.046 en su art. 1º sino de su objeto jurídico y la actividad de hecho que esta despliega conforme a sus estatutos, la cual se encuentra organizada como empresa, dedicada a la producción y edición de obras de todo tipo, razón por la cual dicha pretensión debe ser desestimada".

En resumen, reconocemos que tal como está redactada la norma, puede dar lugar a que de su sentido literal se desprenda la interpretación doctrinal anotada, exigiéndose a la sociedad anónima para los efectos de su quiebra, el dato fáctico del ejercicio concreto de una actividad comercial, lo cual a nuestro juicio favorece inequívoca e indudablemente la incertidumbre.

Por su parte, la valoración de su referente jurisprudencial, no es clara y si en un comienzo, merced a una interpretación *excesivamente literal* del artículo 43 N° 1 de la Ley de Quiebras, *se introduce* una variante que desvirtuaba el marco legal en que se asienta el contrato de sociedad anónima y que extrema los términos de la norma, no cabe duda que los últimos fallos advierten una mutación de este criterio.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto pueden deducirse las siguientes conclusiones:

1. La doctrina científica y jurisprudencial se muestra propensa a entremezclar supuestos, asentados sobre bases distintas que desdibujan la *naturaleza jurídica* de la sociedad anónima. Dicha orientación obedece a que la actual Ley de Quiebras en contraste con la normativa anterior, muestra un notorio vacío legal en torno a la *disciplina concursal de la sociedad anónima*.
2. No es posible separar la consideración mercantil de la sociedad anónima prescrita por la ley como configuración de un tipo profesional, sosteniendo que la ley de quiebras impone adicionalmente el ejercicio de una actividad o giro comercial, industrial, agrícola o minero como condición de apertura del concurso. De ser posible este desdoblamiento la declaración legal acerca del carácter mercantil "no obstante dedicarse a negocios civiles" sería completamente inocua.
3. Por lo que toca a la *aplicación práctica* de esta norma, debemos destacar el papel que le corresponde a los jueces, acometiendo esta tarea sin prejuicios dogmáticos, buscando en esta importante materia interpretar el texto de forma restrictiva en cuanto a extender la formulación literal de la locución "ejercer" a una sociedad anónima como presupuesto para que opere la declaración de su quiebra teniendo en consideración la tutela del crédito público que persigue la institución concursal.