

## DERECHO MERCANTIL

*Guillermo Caballero Germain*  
Profesor de Derecho Comercial  
Universidad Adolfo Ibáñez

DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE UN DEUDOR CALIFICADO. CARÁCTER SIEMPRE MERCANTIL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. SENTENCIA CORTE SUPREMA, 29 DE AGOSTO DE 2013, ROL 3309-2013, CITA CL/JUR/1919/2013; SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, DE 17 DE ABRIL DE 2013, ROL 3392-2012 Y SENTENCIA DÉCIMO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, DE 10 DE MAYO DE 2012, ROL C-5659-2012.

Los principales hechos del pleito son los siguientes: con fecha 22 de abril de 2008, Alfa Corredores de Bolsa S.A. (actualmente en quiebra) emitió tres facturas N°s 6544, 6545 y 6546, por un total de \$21.547.797.396 en contra de Inversiones Fox S.A. por concepto de venta de acciones.

Con fecha 24 de octubre de 2008 se inició la gestión preparatoria de la vía ejecutiva de notificación judicial de cobro de las mencionadas facturas en contra de Inversiones Fox S.A. El 3 de agosto de 2011 quedó firme y ejecutoriada la resolución que declaró por preparada la vía ejecutiva de cobro de las referidas facturas.

Alfa Corredores de Bolsa S.A. solicitó, con fecha 20 de marzo de 2012, la declaración de quiebra de Inversiones Fox S.A. por considerar que se

cumplían todos los requisitos establecidos en el art. 43 N° 1 del libro IV del *CCom*, a saber, que la demandada es un deudor calificado, ha cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante de la quiebra y ésta consta en un título ejecutivo. La demandada se opuso, sin consignar fondos suficientes.

El tribunal de primera instancia fundó el rechazo de la solicitud de quiebra en dos argumentos:

- i) la demandada no es insolvente:

“En el caso de autos, no existe antecedente alguno que lleve a la convicción de que la demandada se encuentra en estado de insolvencia, no configurándose la situación de insolvencia y el estado de cesación de pagos de la deudora para decretar la quiebra” (cons. 5°) y

- ii) el solicitante carece de un título ejecutivo:

“el Tribunal estima, que la Ley 19.983 que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la copia de la factura, vino a facilitar el ejercicio de

las acciones de cobro de los créditos comprometidos en las mismas, sólo para los efectos que la misma ley indica, esto es: su transferencia a terceros o el cobro ejecutivo de las mismas, y no para que sirva de base para abusar de un procedimiento particular y una institución, cual es la quiebra, la que tiene el carácter de defensa colectiva, la que no puede ser aplicada sino en los casos en que efectivamente se presenta una situación patrimonial crítica del deudor” (cons. 5°).

La Corte de Apelaciones confirmó por mayoría la sentencia de primera instancia atendiendo a las razones siguientes:

- i) una persona puede ser considerada como deudor calificado a los efectos de declararla en quiebra sólo si efectivamente ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola:

“Que el deudor al ser calificado, debe ejercer alguna actividad de las referidas en el artículo 41 de la Ley de Quiebras, actualmente incorporada en el Libro IV del Código de Comercio, esto es, ejercicio efectivo de una actividad comercial, criterio que reitera el artículo 1 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedad Anónimas, conforme al cual, si bien la sociedad anónima es siempre mercantil, puede ejercer negocios de carácter civil” (cons. 3°);

- ii) una sociedad anónima puede realizar actos civiles, como ocurre en la especie

“no es dable confundir en derecho, la naturaleza jurídica de una persona jurídica con los actos jurídicos que ésta, dotada de personalidad jurídica ejerza, los cuales pueden ser civiles, como ocurre en el caso de marras” (cons. 4°);

- iii) el hecho de haberse organizado una persona jurídica bajo la estructura de una sociedad anónima no es suficiente para considerarla como un deudor calificado:

“Que no es suficiente en caso alguno, que el deudor, en la especie Inversiones Fox S.A., se encuentre bajo la estructura jurídica de una sociedad anónima, para calificar su actividad como comercial, como lo exige la normativa contenida en los artículos 41 y 43 N° 1 de la Ley de Quiebras, inserta en el Libro IV del Código de Comercio, pues la doctrina autorizada en la materia, sostiene que debe estarse estrictamente a la actividad u objeto social desarrollado por el deudor, el cual, si no es mercantil, hace improcedente la declaratoria de quiebra” (cons. 5°).

A su turno, la CS acoge el recurso de casación interpuesto por la solicitante, fundándose en dos ideas, que coinciden con el voto disidente de segunda instancia:

- i) una sociedad anónima es siempre mercantil y, por tanto, un deudor calificado:

“Que, siendo la deudora una sociedad anónima a la que la ley califica expresamente como mercantil, con prescindencia del objeto de sus negocios, la exigencia impuesta por la sentencia impugnada, en orden a requerir al solicitante de la quiebra comprobar la actividad comercial concreta que desarrolla, excede el contexto del artículo 43 N° 1 del Libro IV del Código de Comercio y no condice con la normativa especial que rige esta clase de sociedades, sometidas a la legislación comercial para todos los efectos legales, lo que permite al menos presumir su calidad de deudor calificado” (consi. 7°) y

- ii) Inversiones Fox S.A. efectivamente desarrollaba actividades mercantiles:

“los sentenciadores omitieron considerar el reconocimiento del representante de la deudora en su confesión prestada en la gestión preparatoria que precedió a la petición de quiebra, oportunidad en que declaró que la solicitante, Alfa Corredores de Bolsa S.A., actualmente declarada en quiebra, y la deudora hoy demandada, Inversiones Fox S.A. ‘son empresas que mantienen relaciones comerciales entre

si’ y que esta última ‘colocaba órdenes de compra y venta de valores de oferta pública, no solamente a Alfa Corredores de Bolsa sino que a 10 corredores más del sistema’, hechos suficientemente reveladores del efectivo ejercicio de actividades comerciales, tales como la cuantiosa compraventa de acciones de diversas sociedades anónimas, de que dan cuenta las facturas que sirven de base a la declaratoria” (cons. 8°).

### COMENTARIO

El alcance de la mercantilidad de la sociedad anónima es una cuestión debatida con frecuencia ante los tribunales dando lugar a fallos no coincidentes. En nuestra opinión, en parte, esa falta de uniformidad se debe a las variadas consecuencias jurídicas –entre ellas, el pago de patente municipal y el carácter de deudor calificado<sup>1</sup>–, anudadas al carácter comercial, cuestión que ha suscitado un debate acerca del alcance de la regla de mercantilidad por razón de la forma de la sociedad anónima. Las sentencias objeto de este comentario se pronuncian acerca de una de estas consecuencias: la suficiencia de la mercantilidad por razón de la forma de la sociedad anónima para cumplir con el presupuesto de la declaración de quiebra del deudor calificado consistente en el ejercicio de una actividad mercantil.

<sup>1</sup> Sobre la incidencia de la mercantilidad de la sociedad anónima en el pago de patente municipal, véase ACUÑA SAN MARTÍN (2009), *passim*.

En este contexto, nos interesa comentar las referidas sentencias desde una doble perspectiva, mercantil y concursal, abordando primeramente la mercantilidad de la sociedad anónima y, luego, los presupuestos de la declaración de quiebra.

#### I. LA MERCANTILIDAD POR RAZÓN DE LA FORMA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Las sentencias antes referidas muestran con claridad la división existente en la doctrina y la jurisprudencia acerca del sentido y alcance del art. 1.II del LSA:

“La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil”.

Sin ánimo exhaustivo, las opiniones doctrinales sobre el significado de esta norma las esquematizaremos de la forma siguiente:

##### *i) Tesis restringida*

Para quienes propugnan esta tesis, la regla antes transcrita se limita exclusivamente a la denominada *mercantilidad objetiva*<sup>2</sup>; esto es, consideran a la sociedad anónima en cuanto “contrato”. Ello tiene como consecuencia la aplicación exclusiva de las normas comerciales a la constitución, estructura y funcionamiento de la misma<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Véase PAZ-ARES (2006), p. 532.

<sup>3</sup> En este sentido, PUGA VIAL (2005), p. 145.

##### *ii) Tesis media*

Para este sector de la doctrina, la sociedad anónima es objetiva y subjetivamente mercantil. La *mercantilidad subjetiva* se refiere a la sujeción a las reglas comerciales de la persona jurídica nacida al constituirse la sociedad anónima<sup>4</sup>. En consecuencia, esta tesis sostiene que la mercantilidad de la sociedad anónima no sólo comprende el “contrato” de sociedad sino alcanza, también, a la persona jurídica. Esto es, la sociedad anónima es siempre un comerciante. Sin embargo, ese carácter de comerciante no basta para considerar como mercantil cualquier acto realizado por la sociedad anónima, en especial si la ley exige el ejercicio efectivo de actos mercantiles<sup>5</sup>.

##### *iii) Tesis amplia*

Por último, están quienes sostienen que la mercantilidad en razón de la forma de la sociedad anónima no sólo es objetiva y subjetiva sino que se comunica a la actividad de la sociedad anónima –sin importar el objeto ni la actividad efectivamente desarrollada– y, por lo tanto, siempre sujeta a ella y a sus actos al régimen mercantil<sup>6</sup>.

La jurisprudencia tampoco es pacífica al pronunciarse acerca del sentido de la mercantilidad en razón de la forma de la sociedad anónima. Así –y de for-

<sup>4</sup> PAZ-ARES (2006), p. 532.

<sup>5</sup> En este sentido, PUELMA ACCORSI (2006), tomo II, p. 467; UBILLA GRANDI (2003), p. 18; SIERRA (2011), p. 29; VÁSQUEZ PALMA (2013), pp. 337-338 [pero p. 503].

<sup>6</sup> PRADO PUGA (2001), pp. 682 y 689; BAEZA OVALLE (2005), pp. 424-427; TORRES ZAGAL (2010), pp. 141-143; aparentemente, JEQUIER (2013), p. 176.

ma meramente ejemplar— algunos fallos se pronuncian a favor de la que hemos denominado *tesis media* (Constructora San Pablo Limitada con Inmobiliaria Vicuña Hermanos S.A. (2009); Quiebra Wackenhut Chile S.A. (2002)) y otros a favor de la *tesis amplia* (Inversiones Extranjeras Bío Bío S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia (2007); Inversiones Integradas S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia (2007), pero con un voto de prevención a favor de la tesis media). Esta divergencia de opiniones aparece bien reflejada en el pleito en comento, al haberse pronunciado la sentencia de la Corte de Apelaciones a favor de la aquí denominada *tesis media*, siendo casada por la Corte Suprema precisamente por entender que el carácter mercantil de la sociedad anónima se comunica a todos los actos por ella realizados (*tesis amplia*), aunque con un matiz<sup>7</sup>. La sentencia de casación señala que el hecho de estar sometida la sociedad anónima a la legislación comercial (mercantilidad subjetiva) permite “al menos presumir su calidad de deudor calificado” (cons. 7°).

Ha sido ya suficientemente demostrado que en el *CCom* no se establece una presunción de mercantilidad de los actos realizados por los comerciantes<sup>8</sup>. Sin embargo, en este fallo, la Corte Suprema parece extraer esa consecuencia del art. 1.º II LSA. Aunque no existen antecedentes explícitos, es posible advertir el influjo de la jurisprudencia francesa —de la cual nuestra doctrina ha dado

noticia<sup>9</sup>— en el sentido de establecer una presunción de mercantilidad de los actos de un comerciante. En nuestro caso, esto significa, presumir que los actos de una sociedad anónima (comerciante en razón de la forma) son mercantiles, pero dejando abierta la posibilidad de derribar la (presunta) mercantilidad del acto probando en contrario y, alejándose —en ese punto— de la por nosotros denominada tesis amplia.

No es éste el lugar apropiado para revisar los argumentos esgrimidos a favor cada una de las tesis. Sin embargo, en este apartado, nos interesa contribuir en esta discusión, aportando algunas observaciones referidas estrictamente al significado de la mercantilidad por razón de la forma de la sociedad anónima en el sistema de Derecho Mercantil.

Conviene empezar precisando cuál podría ser el sentido de incorporar en la ley N° 18.046 la mercantilidad por razón de la forma de la sociedad anónima. La historia legislativa alude como motivo a la “tendencia universal” de establecer el carácter comercial de la sociedad anónima, cualquiera sea su giro<sup>10</sup>. Aunque el asunto no es del todo claro, la expresión “comerciante en razón de la forma” puede atribuirse a Otto von Gierke y adquiere reconocimiento legal en la Ley alemana de cooperativas de 1868, de donde más tarde pasó a la *Aktiennovelle* de 1870, que modifica el art. 208 del *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* y a la *Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* de 1892, hasta llegar al actual §6.º II del *Handelsgesetzbuch*

<sup>7</sup> La referida sentencia de la CS (cons. 6°) y el voto disidente de segunda instancia citan expresa y extensamente a PRADO PUGA (2001) para fundamentar su decisión.

<sup>8</sup> UBILLA GRANDI (2003), p. 14.

<sup>9</sup> UBILLA GRANDI (2003), p. 14.

<sup>10</sup> *Historia de la ley*, p. 312.

(*Formkaufmann*)<sup>11</sup>. Por la misma época, la figura es regulada en Francia en la ley de 1 de agosto de 1893 (recogida hoy en el art. L210-1 del *Code de Commerce*) y más tarde –entre otros ordenamientos– en el art. 42 del *Código de Comercio* japonés de 1899, en el art. 4 de la ley mexicana vigente, de 4 de agosto de 1934, y en el art. 3 de la ley española de Sociedades Anónimas de 1951, hoy recogido en el art. 2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Hechas estas breves referencias históricas, es posible proponer que la “tendencia universal” aludida en la historia de la ley de sociedades anónimas no debe circunscribirse a la experiencia francesa ni anclarse en el siglo XIX<sup>12</sup>. Parece más razonable suponer que la Ley de Sociedades Anónimas de 1981 haya tenido también en vista otras motivaciones y elaboraciones legislativas y doctrinales desarrolladas durante el siglo XX a la hora de optar por establecer la mercantilidad en razón de la forma de las sociedades anónimas<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Para estas precisiones históricas véase GIRÓN (1946), pp. 357-358, especialmente n. 28; GIRÓN (1976), p. 74 n. 20; VICENTE Y GELLA (1944), p. 172; GONDRA (2000), p. 66. También esta regla ha llegado al Derecho argentino y uruguayo (PUGA VIAL (2005), pp. 139-140).

<sup>12</sup> Véase PUGA VIAL (2005), pp. 140 n. 392, 144 y 145, quien afirma: “esa tendencia universal reposaba en una necesidad del derecho francés [la ausencia de concurso civil]”, aunque al mismo tiempo acota: “muchos países han adoptado esta fórmula de que todas las sociedades por acciones se reputen mercantiles, como es el caso de Francia, México, Argentina, Alemania y España, pero la motivación en cada uno de ellos obedece a principios distintos”.

<sup>13</sup> A favor de esta suposición puede invocarse la mención en el Mensaje de la asesoría prestada por expertos internacionales, así co-

En esa línea de análisis no se debe descartar que la incorporación de la mercantilidad por razón de la forma de la sociedad anónima pueda significar una modificación sustantiva de nuestro sistema de Derecho Mercantil, consistente en reformular el ámbito de aplicación de ese derecho especial, agregando al criterio objetivo (acto de comercio) un criterio subjetivo (actos de los comerciantes por razón de la forma). A la mercantilidad derivada de los actos de comercio se suma el carácter comercial de los actos realizados por personas jurídicas organizadas bajo estructuras jurídicas especialmente aptas para el desarrollo de la actividad mercantil. En efecto, la mercantilidad por razón de la forma no se circunscribe hoy en día a la sociedad anónima, sino que se extiende a la empresa individual de responsabilidad limitada (art. 2 de la ley N° 19.857) y a la sociedad por acciones (art. 425 N° 2 del *CCom*)<sup>14</sup>.

Precisamente esta ampliación de la mercantilidad por razón de la forma a las recientes formas de organización de la empresa permite sostener la existencia de dos fuentes independientes de

mo el hecho de que: “en la discusión y preparación de este nuevo marco legal para el mercado de valores y las sociedades anónimas en particular, se ha tenido presente también, a través de estudios de legislación comparada, la experiencia de otros países tanto de igual como de mayor desarrollo económico y financiero que el nuestro” (*Mensaje, Historia de la ley*, p. 87).

<sup>14</sup> La doctrina que se ha ocupado de esta materia ha puesto énfasis en la diferencia redacción de las citadas normas: mientras en la LSA y la LEIRL la mercantilidad aparece predicada de la entidad, en las SpA es el objeto el siempre considerado mercantil VÁSQUEZ PALMA (2013), p. 337). No obstante ser ello cierto, nos interesa más aquí el análisis de la coherencia sistemática que la exégesis literal de los preceptos.

mercantilidad en nuestro ordenamiento: por un lado, los actos de comercio y, por otro, los actos de las personas jurídicas comerciantes por razón de la forma. Por lo demás, esa lógica expansiva del ámbito mercantil ha sido pacíficamente aceptada por la doctrina alemana –sino el país de origen de la mercantilidad en razón de la forma, un indiscutido referente doctrinal para el Derecho Mercantil del siglo XX–, al sumar a la mercantilidad por la actividad comercial (*Handelsgewerbe*) la mercantilidad por la forma (*Formkaufmann*)<sup>15</sup>. Esta misma idea expansiva impera en la doctrina española, cuya obra modernizante ha permitido dejar atrás la insuficiente teoría del acto de comercio como pieza central del Derecho Comercial para pasar a un sistema más ajustado a la realidad económica actual, de delimitación de la materia mercantil en torno a la noción de empresario y actividad empresarial, siguiendo también en ello al Derecho alemán<sup>16, 17</sup>.

Esta mayor concordancia entre el Derecho (comercial) y la realidad (empresarial), tan lejana en nuestro ordenamiento, es –en nuestra opinión– la finalidad perseguida con la mercantilidad por razón de la forma introducida en distintas formas de organización de la empresa. A los terceros les basta conocer el dato evidente de tratarse de una sociedad anónima, una empresa individual de responsabilidad limitada o una sociedad por acciones para conocer el régimen jurídico aplicable

a esas entidades y a los actos por ellas realizados, quedando ambos sometidos a la legislación mercantil, sin importar el objeto ni la actividad efectivamente desarrollada por la referida entidad.

Con las observaciones precedentes, en nuestra opinión, es posible volver a leer las sentencias objeto de este comentario, advirtiendo que la aquí denominada tesis amplia acogida en la sentencia de casación bien puede abrir paso a una reformulación de la materia mercantil y de la función y límites del Derecho Comercial en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando para ello sea conveniente evitar el uso de una presunción *iusuris tantum*.

Hasta aquí las consideraciones estrictamente mercantiles. Sin embargo, no es posible olvidar que el pleito de autos sitúa el problema de la mercantilidad en razón de la forma de la sociedad anónima en el complejo escenario concursal y, por lo tanto, también es necesario abordar la cuestión desde esa otra perspectiva.

## II. LOS PRESUPUESTOS DE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA DEL DEUDOR CALIFICADO

Uno de los más relevantes efectos de la mercantilidad por razón de la forma de la sociedad anónima es la posibilidad de considerársele, *per se*, un deudor calificado. Así lo sostienen quienes siguen la denominada por nosotros tesis amplia y lo niegan quienes sostienen tesis media y restringida<sup>18</sup>.

También en este punto nos interesa hacer una reflexión de sistema, pero

<sup>15</sup> CANARIS (2006), § 3.42; BAUMBACH/HOPT (2000), § 6.3 y 6.6.

<sup>16</sup> GONDRA (2000), pp. 131-132; VAQUERIZO (2011), pp. 196-197.

<sup>17</sup> BROSETA PONT, MARTÍNEZ SANZ (2010), p. 49.

<sup>18</sup> Véase supra n. 3, 5 y 6.

esta vez no sobre lo resuelto en la sentencia de apelación ni de casación, sino de primera instancia. Se recordará que la jueza apreció que de los hechos de la causa no se desprendería que la demandada se encontraba en un estado de insolvencia, entendido este último como

“un estado patrimonial del deudor, generalizado y permanente, considerando todo el activo y todo el pasivo del sujeto, situación patrimonial que debe exteriorizarse mediante hechos que sean el efecto de tal estado y que permitan deducir que tal causa los origina, requiriéndose por tanto la concurrencia de varios hechos reveladores que en su conjunto no dejen duda acerca de que existe un estado de imposibilidad de pagar” (cons. 5º).

Con el *CCom* en la mano, el raciocinio de la juez es difícilmente sostenible, pues el presupuesto de declaración de quiebra del deudor se construye en base a los supuestos de hecho descritos en el art. 43 del libro IV del *CCom*, debiendo el tribunal pronunciarse a la brevedad y con audiencia del deudor sobre la solicitud de quiebra previa verificación con todos los medios a su alcance *de la efectividad de las causales invocadas*, no de la insolvencia del deudor (art. 45.1 libro IV del *CCom*).

En nuestro caso, la causal invocada para solicitar la quiebra de Inversiones Fox S.A. fue el hecho de haber cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, constando la misma

en un título ejecutivo. El tribunal debería haberse limitado a verificar con los medios a su alcance si concurría en la especie la causal invocada. Sin embargo, según antes se indicó, la jueza consideró que al no adquirir la convicción de estar la demanda en un estado de insolvencia, la declaración de quiebra debía rechazarse y así lo hizo. Los tribunales superiores no respaldaron esa decisión, resolviendo derechamente la petición conforme a la *efectividad de las causales invocadas* conforme al mérito de autos.

La resolución del tribunal de primera instancia nos suscita, al menos, dos comentarios. El primero apunta a la manifiesta insuficiencia de nuestro régimen concursal para lidiar con los graves problemas derivados de la quiebra. En nuestra opinión, una de las razones de esa ineptitud radica precisamente en la incorrecta formulación del presupuesto de la declaración de quiebra. En efecto –como es bien sabido–, nuestro *Código* no establece como presupuesto de la declaración de quiebra la insolvencia del deudor, sino causales entendidas como manifestaciones externas del estado de insolvencia<sup>19</sup>. No es necesario insistir en la relevancia de los presupuestos del concurso para el correcto funcionamiento de la institución y los graves costos económicos asociados a ese desajuste que, individual y socialmente, se deben soportar. Pues la distribución colectiva de ese riesgo se ve amenazada, si –como ocurre actualmente– la solicitud de declaración de

<sup>19</sup> Véase GÓMEZ BALMACEDA, EYZAGUIRRE SMART (2011), p. 42; CONTRERAS STRAUCH (2011), pp. 1382 y 1392-1394.

quiebra puede convertirse en un arma de presión para conseguir el pago por parte de un acreedor, sin consideración alguna al interés colectivo<sup>20</sup>. A nuestro juicio, no se advierte como en pleno siglo XXI, cuando a diario se fijan precios de empresas o negocios de gran volumen y complejidad, no es posible determinar si un deudor es solvente o insolvente para dar lugar a la declaración de concurso, como ocurre en el Derecho Comparado<sup>21</sup>. Sin embargo, no es necesario ir tan lejos. Ya en nuestro respetable *CC* se utiliza la noción de ‘insolventia’, por ejemplo, para decretar la separación de bienes de los cónyuges (art. 155), gravar a los coherederos en ciertos casos (art. 1355), caducar un plazo (art. 1496 N° 1) o disolver una sociedad (art. 2100), sin que ello haya significado graves trastornos o dificultades insuperables. Todavía más, la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis establece como presupuesto de la declaración de quiebra la insolventia en los términos siguientes:

“Artículo 2°.- Estado de insolventia. Para los efectos de esta ley, se entiende que las personas naturales o jurídicas señaladas en el artículo 1° se encuentran en estado de insolventia si están en imposibilidad de pagar una o más de sus obligaciones”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> En el mismo sentido, PUGA VIAL (1999), p. 93.

<sup>21</sup> Por ejemplo, en España, el art. 2.II de la ley N° 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>22</sup> La Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis consta en el

Complementariamente, esta ley establece la facción de un estudio económico por parte de un asesor, en el cual se deberá informar acerca de la solvencia o insolventia del deudor (art. 22.II).

Lamentablemente el proyecto de reforma de la ley de quiebras –que en la actualidad se encuentra en trámite legislativo<sup>23</sup>–, deja inalterados los presupuestos de la declaración de concurso, retrocediendo en este punto –en nuestra opinión– respecto de la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis, sin advertir sus redactores (o parte de ellos) que, sin la remodelación de esa pieza fundamental, nuestro sistema concursal continuará siendo disfuncional a los intereses tutelados por la legislación concursal<sup>24</sup>. Sin la mejora de esta pieza esencial, sentencias como la de primera instancia objeto de este comentario seguirán siendo difícilmente sostenibles desde

art. 11 de la ley N° 20.416, publicada en la *Diario Oficial* el 3 de febrero de 2010, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

<sup>23</sup> Mensaje 081-360, proyecto de ley que Crea una Nueva Legislación Concursal Mediante la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas y Perfecciona el Rol de la Superintendencia del Ramo.

<sup>24</sup> Véase el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre los proyectos de ley refundidos que sustituyen el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas y perfeccionan el rol de la superintendencia del ramo, y que establecen la quiebra como causal de término de contrato de trabajo y adecuan normas de otras leyes (*Boletines* N°s 8324-03 y 8492-13) y, en el mismo, los comentarios de las profesores Rafael Gómez Balmaceda y Juan E. Puga Vial al art. 117 (que recoge sustancialmente el texto del actual art. 43 del libro IV del *CCom*), pp. 181-185.

un punto de vista jurídico, pero no económico y –todavía más grave– de sentido común<sup>25</sup>.

Un segundo comentario, a modo de cierre. Si volvemos a mirar las notables divergencias doctrinales y jurisprudenciales acerca del alcance de la mercantilidad en razón de la forma de la sociedad anónima en el contexto del régimen concursal vigente, se advierte que una de las posibles razones de quienes se oponen a considerar a una sociedad anónima *per se* como un deudor calificado es evitar dejarla expuesta a la extorsión de la solicitud de quiebra por parte de un acreedor inescrupuloso en circunstancias de dificultad económica, pero no de insolvencia. Si esa premisa fuera cierta, se aprecia como los defectos constructivos de un sistema de normas (concursoales) pueden afectar la coherencia interna de otros sistemas de normas (societarias y sobre mercantilidad) debido a su recíproca influencia. Qué tanta animadversión

<sup>25</sup> Sin embargo, debe dejarse constancia que esta no es una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En efecto, en el juicio Peri Chile Ltda. con Benavente Zamorano, Rodrigo, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia del 25° Juzgado de Letras Civil de Santiago, donde se rechaza la solicitud de declaración de quiebra por no haberse acreditado la insolvencia de la demandada. A su turno, la CS rechazó el recurso de casación interpuesto por la solicitante, aunque por motivos formales (Peri Chile Ltda. con Benavente Zamorano, Rodrigo, 2013). Por otra parte, en la doctrina, se ha sostenido que la solicitud de quiebra no debería prosperar, no obstante acreditarse el cumplimiento del supuesto de hecho establecido en el art. 43 N° 1 libro IV del *CCom*, si se prueba la solvencia del deudor. Véase PUGA VIAL (1999), pp. 80-81 y 93-94, citando a José ZALAQUET, *La causa de la declaratoria de quiebra*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1968, *non vidi*.

encontraría la regla de mercantilidad por razón de forma de la sociedad anónima en el escenario de una ley concursal cuyo presupuesto de aplicación se vinculara a la insolvencia (y no sólo a manifestaciones externas del estado de insolvencia), es una reflexión necesaria a la hora de valorar las sentencias objeto de este comentario.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2009). “Significación de la atribución de mercantilidad a las sociedades anónimas: un comentario jurisprudencial”. *Ius et Praxis*, vol. 15, N° 1. Talca.
- BAEZA OVALLE, Gonzalo (2005). *Derecho comercial*. Santiago: Lexis Nexis, tomo I.
- BAUMBACH, Adolf, Klaus HOPT (2000). *Handelsgesetzbuch*. München: Beck.
- BROSETA PONT, Manuel, Fernando MARTÍNEZ SANZ (2010). *Manual de Derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, vol. I.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (2006). *Handelsrecht*, München: Beck.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2011). *Instituciones de Derecho comercial*. Santiago: Legal Publishing, tomo II.
- GIRÓN, José (1946). “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho comparado”. *Revista de Derecho Mercantil*. N° 4. Navarra, noviembre-diciembre.
- GIRÓN, José (1976). *Derecho de Sociedades*. Madrid: Artes Gráficas Benzal.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, Gonzalo EYZAGUIRRE SMART (2011). *El Derecho de quiebras*. Santiago: Jurídica.
- GONDRA, José María (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Universidad Complutense.

*Historia de la Ley* N° 18.046.

JEQUIER, Eduardo (2013), *Curso de Derecho comercial*, Santiago: Legal Publishing.

PAZ-ARES, Cándido (2006). “Capítulo 20. La sociedad mercantil”, en Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*. Cizur Menor: Thomson-Reuters.

PRADO PUGA, Arturo (2001). “El presupuesto de ejercicio de una actividad como condición previa de la declaración de quiebra de una sociedad anónima”. *Revista Chilena de Derecho* vol. 28. N° 4. Santiago.

PUELMA ACCORSI, Álvaro (2006). *Sociedades*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

PUGA VIAL, Juan Esteban (1999). *Derecho concursal. El juicio de quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.

PUGA VIAL, Juan Esteban (2005). *El acto de comercio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

SIERRA, Alfredo (2011). “Artículo 3”, en VV.AA. *Código de Comercio comentado*, Santiago: Universidad de Los Andes.

TORRES ZAGAL, Oscar (2010). *Derecho de Sociedades*. Santiago: Legal Publishing.

UBILLA GRANDI, Luis (2003). *De las sociedades y las EIRL*. Santiago: Lexis Nexis.

VAQUERIZO, Alberto (2011). “Artículo 2. Carácter mercantil”, en Emmilio BELTRÁN, Ángel ROJO (dirs.). *Comentario de la Ley de Sociedades*

*de Capital*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.

VICENTE Y GELLA, Agustín, María Fernanda VÁSQUEZ PALMA (2013). *Sociedades*. Santiago: Legal Publishing.

VICENTE Y GELLA, Agustín (1944). *Curso de Derecho mercantil comparado*. Zaragoza: La Academia, tomo I.

### *Jurisprudencia citada*

Inversiones Integradas S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia, Corte Suprema, 24 de diciembre de 2007 (casación en el fondo), cita Legal Publishing CL/JUR/4388/2008.

Inversiones Extranjeras Bío Bío S.A. con Ilustre Municipalidad de Providencia, Corte Suprema, 8 de marzo de 2007 (casación en el fondo), cita Legal Publishing CL/JUR/3903/2007; 35984.

Constructora San Pablo Limitada con Inmobiliaria Vicuña Hermanos S.A., Corte Suprema, 1 de junio de 2009 (casación en el fondo), rol N° 565-2009.

Quiebra Wackenhut Chile S.A.: Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2002 (recurso de apelación), *RDJ* tomo XCIX, sec. 2, Santiago, 2002.

Peri Chile Ltda. con Benavente Zamorano, Rodrigo, Corte Suprema, 5 de agosto de 2013 (recurso de casación), cita Microjuris MJCH\_MJJ35870.