

Tribunal	: Corte Suprema
Fecha	: 30/04/2008
Rol	: 6315-2007
Partes	: B.C.I. Factoring S.A. con Germán Schmidt Horsella
Ministros	: Fernando Castro Alamos; Juan Araya Elizalde; Margarita Herreros Martínez; Ricardo Peralta Valenzuela; Sergio Muñoz Gajardo
Descriptor	: Solicitud declaración de quiebra, deudor calificado. Requisitos solicitud. Ejercicio actividad comercial, permanencia u ocasionalidad. Doctrina.

Doctrina

El artículo 43 N° 1 de la ley de quiebras prescribe que 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 ejerza una actividad comercial, industrial, agrícola o minera, y; 2.- que haya cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo

En lo que hace a la forma de ejercer la actividad comercial cabe preguntarse si el ejercicio de la actividad que requiere la ley para estos efectos debe ser permanente o puede ser ocasional. Al respecto el profesor Alvaro Puelma Accorsi sostiene: Nos, inclinamos a sostener, no obstante el notorio vacío legal, que el ejercicio de la actividad económica determinada que exige la ley para los efectos de la quiebra debe ser permanente, no ocasional, ya que no consideramos ejercicio de una actividad la realización ocasional de actos que no expliciten un efectivo y permanente ejercicio de la actividad requerida por la ley. Como la ley no requiere en la actualidad para los efectos analizados la calidad de comerciante, industrial, agricultor o minero sino el ejercicio de dichas actividades, habrá que probar el efectivo ejercicio de ellas, aun tratándose de sociedades cuyo objeto social de mercantil, agrícola o minero. (Considerando 5º sentencia Corte Suprema)

Áreas del Derecho : Derecho ComercialDerecho Comercial;

Legislación aplicada en el fallo : Ley N° 18175 Año 1982 art 43 N° 1; LEY_18175_AR-43

Texto completo de la Sentencia

Santiago, martes veinticuatro de abril de dos mil siete.

Proveyendo la solicitud de lo principal del escrito de fs. 13.

Vistos, teniendo presente:

1. Que doña Cecilia Garretón Ponce, abogado, en representación de B.C.I. Factoring S.A., solicita declarar la quiebra, como comerciante, de don Germán Schmidt Horsella, al que individualiza como factor de comercio, por la causal del artículo 43 N° 1 de la ley N° 18.175. Al efecto señala que su mandante es dueña del pagaré N° 025559, por la suma de 133.893.341 suscrito por la sociedad Constructora H.M. S.A. el 26 de diciembre de 2006, pagadero en una cuota el 27 de diciembre del mismo año, el que fue protestado por falta de pago con fecha 02 de enero de 2007. Agrega que en el mismo documento el demandado se constituyó en avalista de la sociedad constructora respecto de todas y cada una de las obligaciones emanadas del referido pagaré.

Invocando lo dispuesto en el artículo 43 N° 1 de la ley 18.175, sostiene que don Germán Schmidt Horsella desarrolla o ejerce una actividad comercial, puesto que, con fecha 15 de noviembre de 2006, suscribió una escritura pública de mandato especial e irrevocable y fianza solidaria otorgada ante el Notario Público de Santiago, don Sergio Frías Olmedo, suplente del titular don Eduardo Diez Morello, por la que se constituye personalmente en fiador y codeudor solidario de la Sociedad Constructora H.M. Limitada, con el objeto de garantizar a B.C.I. Factoring S.A. el cumplimiento y pago oportuno de todas y cada una de las obligaciones que la referida sociedad tenga en su calidad de cedente, deudor cedido, o le adeude actualmente o pudiera adeudarle en el futuro y que, además, en la misma escritura pública, el demandado le confirió a la peticionaria mandato especial y gratuito para que ésta lo constituya en avalista, sin limitaciones, del o los pagarés que se suscriban en ejercicio del mandato conferido, quedando siempre vigente la fianza

y obligación solidaria hasta la cancelación total de lo adeudado.

Finalmente, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 46 de la ley N° 18.092, en relación con el N° 10 del artículo 3° del Código de Comercio, concluye que el aval también constituye una obligación mercantil por parte de avalista.

2. Que la causal invocada por la peticionaria de la quiebra requiere, de la concurrencia copulativa de dos requisitos, a saber: que al deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y que haya cesado en el pago de una obligación mercantil, con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo.

3. Que, por otra parte, el artículo 45 de la ley 18.175, en su inciso primero, dispone perentoriamente que el Tribunal deberá cerciorarse por todos los medios a su alcance de la efectividad de las causales invocadas, a saber, en el presente caso, que exista un crédito exigible en favor del acreedor, cuyo título sea ejecutivo y que el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola.

4. Que es un hecho de la causa que el presunto fallido avaló como persona natural las obligaciones de la sociedad Constructora H.M. S.A., actualmente en quiebra, emanadas del pagaré N° 025559 por la suma de 133.893.341, no pagado a su vencimiento.

5. Que, por otra parte, el aval prestado es un acto de comercio, conforme la definición que de él hace el artículo 46 de la ley sobre la letra de cambio, en relación con el artículo 3° N° 10 del Código del ramo.

6. Que la ejecución de un acto de comercio no basta por sí sola para otorgar la calidad de comerciante al avalista, atendido el tenor del artículo 43 N° 1 de la ley 18.175 cuando se refiere al deudor que ejerza una actividad comercial... , habida cuenta que el vocablo ejerza supone una habitualidad que va más allá de la ejecución de un acto aislado de comercio, considerando la acepción que hace el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua del verbo ejercer: Practicar los actos propios de un oficio, facultad, virtud, etc. Ej. ejercer la profesión de abogado ; definición que es concordante con la que hace del comerciante el artículo 7° del Código de Comercio al referirse a los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual .

7. Que, por otra parte, la condición de factor de comercio que la peticionaria adjudica al presunto fallido no basta para traspararle como persona natural, la calidad de comerciante, que sí detenta, la sociedad Constructora H.M. S.A., considerando la definición que el artículo 237 del Código de Comercio hace del factor como el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial, o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra por cuenta de su mandante , vale decir, que es una persona natural que actúa como mandataria de la sociedad y todo lo que ejecute dentro del ámbito de su mandato afecta a su mandante y no a él personalmente.

8. Que así las cosas, no concurriendo en la especie los presupuestos del artículo 43 N° 1 de la ley 18.175 para la declaratoria de quiebra que se solicita, se la desestimaré.

Con lo relacionado y, visto además, lo dispuesto en los artículos 39 y siguientes de la ley antes citada, se declara:

Que se rechaza la petición de quiebra, como comerciante, de don Germán Schmidt Horsella.

Pronunciada por doña Marcela Solar Echeverría, Juez Titular.

Autoriza el señor Fernando Figueroa Garcés, Secretario Subrogante.

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil siete.

A fojas 73, a lo principal, téngase presente, al otrosí, a sus antecedentes.

Vistos:

Se confirma la resolución de veinticuatro de abril de dos mil siete, escrita á fs. 53 y siguientes.

Devuélvase con todos sus agregados.

Pronunciada por la Séptima Sala de esta Illtma. Corte de Apelaciones, conformada por los Ministros señores Juan

González Zúñiga, Patricio Villarroel Valdivia y Abogada Integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.

Rol N° 3.305 2007.

Santiago, treinta de abril de dos mil ocho.

Visto:

En estos autos rol N° 3470 2007, del 16° Juzgado Civil de Santiago, juicio de quiebra, caratulado Bancredito Factoring S.A. con Schmidt Horsella, Germán, doña Cecilia Garretón Ponce, en representación de B.C.I. Factoring S.A., solicitó la quiebra de don Germán Schmidt Horsella, en su calidad de deudor comerciante.

Funda su solicitud señalando que su mandante es dueña de un pagaré suscrito por la sociedad Constructora H.M. S.A. antes Constructora H.M. Limitada y que en el mismo documento se constituyó en avalista de la sociedad suscriptora del pagaré, respecto de todas y cada una de las obligaciones, emanadas del pagaré N° 025559, por la suma de \$ 133.893.341, suscrito el 26 de diciembre de 2006 y que sería pagado el 27 de diciembre de 2006, en una cuota.

Señala que dicho pagaré fue protestado por cuanto, llegada la fecha de pago pactada, éste no fue cumplido ni por el suscriptor ni aval y codeudor solidario. Se estableció en dicho instrumento que todas las obligaciones que emanan del mismo, serán solidarias para el suscriptor, avalista y demás obligados al pago y serán indivisibles para sus herederos.

Explica que tanto la sociedad obligada al pago del pagaré, como el aval y codeudor solidario del mismo, don Germán Schmidt Horsella, cesaron en el pago de la obligación indicada, la cual es de naturaleza mercantil, ya que el referido aval y codeudor solidario contrajo la obligación en el giro de su actividad comercial, razón por la cual solicitan la declaración de quiebra de este último.

Indica que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 N° 1 de la ley 18.175, don Germán Schmidt Horsella desarrolla o ejerce una actividad comercial, puesto que con fecha 15 de noviembre de 2006 suscribió una escritura pública de mandato especial e irrevocable y fianza solidaria, en la que se constituyó personalmente en fiador y codeudor solidario de la sociedad Constructora H.M. S.A. con el objeto de garantizar a B.C.I. Factoring S.A., el cumplimiento y pago oportuno de todas y cada una de las obligaciones que la referida sociedad tenga en su calidad de cedente, deudor cedido, o le adeude actualmente o pudiere adeudarle en el futuro. En la misma escritura pública, don Germán Schmidt Horsella confirió a B.C.I. Factoring S.A. mandato especial y gratuito y tan amplio como en derecho se requiera, para que esta última lo constituya en avalista sin limitaciones, del o los pagarés que se suscriban en ejercicio del mandato contenido en la referida escritura, quedando siempre vigente la fianza y obligación solidaria que se otorgó en dicho instrumento hasta la cancelación total de lo adeudado.

Manifiesta que el artículo 46 de la ley 18.092 define el aval como un acto escrito y firmado en la letra de cambio, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza en todo o en parte el pago de ella, agregando el inciso segundo que la sola firma en el anverso de la letra constituye aval. Por su parte el N° 10 del artículo 3° del Código de Comercio señala que son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: las operaciones sobre pagarés. Concluye que el aval también constituye una obligación mercantil, por parte del avalista.

Agrega que las firmas de la parte suscriptora y avalista fueron debidamente autorizadas ante notario público, por lo que su parte ha obtenido un título ejecutivo para el cobro de la suma adeudada.

En la audiencia del deudor prevista en el artículo 45 de la ley 18.175, éste solicitó el rechazo de la mencionada petición, por no reunirse los requisitos establecidos en el artículo 43 de la ley 18.175 sobre Quiebras.

Sostiene que el artículo 43 N° 1 de la ley del ramo establece requisitos copulativos a saber: 1. el solicitante debe ser un acreedor; 2. el deudor debe ejercer una actividad comercial, industrial, minera o agrícola; 3. el deudor debe haber cesado en el pago de una obligación mercantil para con el solicitante, 4. la obligación debe constar en un título ejecutivo.

Refiere que la causal invocada por el solicitante no se configura respecto del deudor, puesto que no ejerce una actividad comercial, industrial, agrícola o minera. Dicha causal, sólo es procedente, advierte, respecto de los deudores calificados esto es, aquellos que ejerzan alguna de las actividades a que se refiere el artículo 41 de, la ley 18.175, sobre quiebras.

Sostiene que la peticionaria en primer lugar, parece contundir dos requisitos exigidos por la causal de quiebra del

artículo 43 N° 1 de la ley concursal que son absolutamente diversos; que el deudor debe ejercer una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y que el deudor debe haber cesado en el pago de una obligación mercantil para con el solicitante.

Añade que el artículo 3° del Código de Comercio enumera los actos de comercio y en su numeral 10° contiene los denominados Actos formales de comercio , que son aquellos que siempre tienen el carácter de actos de comercio, independiente de quien los ejecuta, prescindiendo de la causa u objeto de los mismos. Por lo tanto, la mercantilización absoluta de los actos de comercio dice relación con el instrumento jurídico utilizado, en la especie el pagaré, prescindiendo de las personas que concurren a su otorgamiento, suscripción, endoso, aval u otro, por lo que el carácter mercantil del acto, no se traspasa ni produce efectos respecto de la calidad de los intervinientes en dicho acto.

Sostiene que su actividad profesional es la de arquitecto, no habiendo ejercido actividad comercial alguna. En la propia escritura pública de mandato especial e irrevocable y fianza solidaria conferida a B.C.I. Factoring, invocada por el solicitante, comparece como arquitecto y en ninguna parte de ella se establece el supuesto carácter de comerciante.

Señala que la peticionaria sin fundamento alguno, lo individualiza como factor de comercio, sin aportar antecedente que lo justifique. Añade que aun aceptando la errónea interpretación jurídica de la solicitante y su infundada pretensión de convertirlo en factor de comercio tampoco se cumplirían los requisitos del artículo 43 N° 1 de la ley de Quiebras, por cuanto el artículo 237 del Código de Comercio define, al factor como El gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante . A su turno los artículos 338 y siguientes del mencionado estatuto jurídico establecen reglas relativas a los factores, concluyéndose que ellos actúan como mandatarios y de acuerdo a las facultades que les fueran conferidas. Refiere que la característica fundamental del mandato, consiste en el hecho que los efectos del acto o contrato celebrado en ejecución del mandato, se radican en el patrimonio del mandante, conforme lo previene el artículo 2116 en relación con el 2160, ambos del Código Civil. Por lo que señala que aun cuando tuviere la calidad de factor de comercio, tampoco cumpliría con lo exigido por la causal de quiebra invocada puesto que el factor de comercio es un mero mandatario que ejecuta actos determinados por cuenta ajena y a quien no se le traspasan ni los efectos ni la naturaleza de los actos que celebra.

Establecido dice el deudor, su calidad de arquitecto, corresponde analizar por qué no se cumple con los requisitos de la causal de quiebra esgrimida en autos. Señala que la doctrina y la jurisprudencia se encuentran contestes en que tal norma alude al ejercicio efectivo de una actividad comercial, es decir, no basta tener la calidad de comerciante, industrial, agricultor o minero, si no que se requiere que el deudor efectivamente haya realizado actividades de dicha naturaleza.

Asevera que le corresponde al B.C.I. Factoring acreditar que a la fecha de otorgamiento del mandato antes singularizado y a la fecha de suscripción del pagaré, por la solicitante en su representación, el suscrito ejercía efectivamente el comercio, lo que a su juicio no hizo.

Señala que la causal invocada como presupuesto de la petición de quiebra, no es aplicable, toda vez que no ejerce ni ejercía a la fecha de los títulos en que la actora pretende fundamentar su solicitud, ninguna de las actividades contempladas en el artículo 41 de la ley 18.175, sobre quiebras.

Termina señalando que se dedica al ejercicio de una profesión liberal, arquitecto que corresponde, a una actividad exclusivamente de carácter civil, como se acredita fehacientemente con la iniciación de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, boletas de honorarios, copias de planos suscritos en su calidad de arquitecto, copia del título y patente profesional.

Por sentencia de veinticuatro de abril del dos mil siete, que se lee a fojas 53 y siguientes, la Jueza Titular del mencionado Tribunal rechazó la petición de quiebra solicitada.

Apelado el fallo por la actora, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 95 lo confirmó.

En contra de esta última decisión la citada parte dedujo recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación:

Considerando:

Primero: Que el recurrente, luego de hacer una reseña respecto de los antecederles de la causa, esgrime que la

sentencia de segundo grado que dispuso confirmar la de primera, que a su vez rechazó la petición de quiebra, ha sido dictada con infracción a las disposiciones legales que indica, las que para una mejor comprensión se pueden agrupar en dos capítulos:

I. Infracción a los artículos 43 N° 1 de la ley 18.175 en relación con el artículo 7° del Código de Comercio y 3 N° 10 del mismo Código; artículo 46 de la ley 1.092 y 19 inciso primero del Código Civil.

II. Transgresión de las normas reguladoras de la prueba contempladas, en los artículos 1700 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil.

A continuación el recurrente pasa a señalar la forma en que dichos preceptos infringidos han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

En primer término indica que se interpretó erróneamente el artículo 43 N° 1 de la ley de quiebras, al determinarse en el considerando sexto que la ejecución de un acto de comercio no basta por sí sola para otorgar la calidad de comerciante al avalista, atendido el tenor del artículo 43 N° 1 de la ley 18.175, cuando se refiere al deudor que ejerza, una actividad comercial, habida cuenta que el vocablo ejerza supone una habitualidad que va más allá de la ejecución de un acto aislado de comercio. Señala que se limitó severamente el sentido y alcance de dicha norma al reconocerse primeramente en el considerando 5° del fallo que la figura del aval es un acto de comercio, para después sostener en el fundamento 6° que no procede la declaratoria de quiebra, puesto que ese acto de comercio por parte del demandado sería aislado, puesto que el demandado ha hecho del comercio su profesión pues no sólo avaló el pagaré de autos y se constituyó en codeudor solidario de la sociedad Constructora H.M. S.A., sino que suscribió numerosos pagarés como avalista de la misma sociedad a favor de varias entidades bancarias, según se demostró con el expediente de quiebra de esa constructora y los pagarés del mismo proceso concursal.

En seguida refiere que también consta la habitualidad comercial, puesto que el demandado fue por largo tiempo representante legal, socio y encargado de administrar los negocios sociales de dicha sociedad según se acreditó de la escritura pública de mandato irrevocable y fianza solidaria de 15 de noviembre de 2006, sumándose a ello su calidad de socio con participación societaria en 14 sociedades, según se probó con el informe Dicom que acompañó.

Estima que el fallo también interpretó erróneamente los artículos 7° del Código de Comercio, 3 N° 10 del mismo Código y 46 de la ley 18.092, todas en relación con el artículo 43 N° 1 de la ley 18175.

Manifiesta que la sola circunstancia de haberse constituido el demandado en avalista, lo constituye en un deudor comerciante, ya que el aval también constituye una obligación mercantil por parte del avalista conforme a lo definido en el artículo 3 N° 10 del Código de Comercio.

También se vulneró el artículo 46 de la ley 18.092 que define el aval y está esencialmente relacionada con el pagaré y debe concluirse que el aval también constituye un acto de comercio.

Tal interpretación añade, infringió los artículos 3 N° 10 del Código de Comercio en relación con el artículo 43 N° 1 de la ley de Quiebras, en el sentido de que los magistrados de la instancia entendieron que no sería un deudor comerciante aquella persona natural que ejecuta un solo acto de comercio, sino que debería ejecutar muchos de ellos para los efectos que fuere procedente su declaración de quiebra, lo que a su juicio constituye una contradicción lógica ya que por una parte el fallo reconoce que el aval es un acto de comercio y por otra, desconoce que tal acto de comercio sea constitutivo para catalogar a una persona como deudor comerciante. Refiere que para que una persona sea declarada en quiebra, basta que ejerza una actividad comercial, cual es el caso de autos al haberse constituido el demandado en avalista.

En relación al artículo 19 del Código Civil, esgrime que también resulta infringido desde que es suficiente que el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola para que se configure la causal del 43 N° 1 de la citada ley.

Asevera que la correcta interpretación de dicho precepto, conforme al tenor literal del mismo, habría venido dada por no exigirse más requisitos que los que ella señala, sin embargo en el fundamento 6° del fallo se exigió más requisitos, cuales son que el deudor ejecute múltiples actos de comercio para que se encuentre incurso en ella, exigencia que desatiende el tenor literal de la mencionada norma.

Manifiesta que se han contravenido los artículos 1700 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, al resolver que el demandado no tiene la calidad de comerciante pues no consideró como plena prueba la escritura pública de 15 de noviembre de 2006 en la que se constituyó en avalista y codeudor solidario de la sociedad Constructora H.M.

S.A., tampoco ponderó los pagarés que suscribió como avalista de la sociedad H.M. Limitada a la orden de diversas entidades bancarias, según se demostró en el expediente de quiebra de la sociedad constructora.

También se vulneró el artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil pues no se consideró el informe de Dicom en el que consta que el demandado es socio con participación societaria en 14 sociedades, lo que demuestra que hace del comercio su profesión habitual.

Segundo: Que para una adecuada resolución del asunto, conviene tener presente los siguientes hechos establecidos por los Jueces de la instancia:

a) Que es un hecho de la causa que el presunto fallido avaló como persona natural las obligaciones de la sociedad Constructora H.M. S.A. actualmente en quiebra, emanadas del pagaré N° 025559 por la suma de \$ 133.893.341, no pagado a su vencimiento.

b) Que el aval es un acto de comercio, conforme la definición que de él hace el artículo 46 de la ley 18.092 en relación al artículo 3 N° 10 del Código de Comercio.

Tercero: Que en base a los hechos establecidos los sentenciadores concluyeron: Que la ejecución de un acto de comercio no basta por sí sola para otorgar la calidad de comerciante al avalista, atendido el tenor del artículo 43 N° 1 de la ley 18.175, cuando se refiere al deudor que ejerce una actividad comercial, habida cuenta que el vocablo ejerza supone habitualidad que va más allá de la ejecución de un acto aislado de comercio, considerando la acepción que hace el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, del verbo ejercer: practicar los actos propios de un oficio, facultad, virtud, etc. definición que es concordante con la que hace del comercio el artículo 7° del Código mercantil al referirse a Los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual y que no concurriendo en la especie los presupuestos del artículo 43 N° 1 de la ley 18.175 para la declaratoria de quiebras, se le desestimará. Cuarto: Que la quiebra puede definirse como El estado excepcional, en el orden jurídico, de una persona, producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento, igualitario de todas sus obligaciones, declarado judicialmente (Alvaro Puelma Accorsi, Curso de Derecho de Quiebras. Editorial Jurídica de Chile, 1985, pág. 7). Cabe señalar que la causa de la quiebra es la situación de impotencia de pagar, que en forma generalizada y permanente afecta el patrimonio del deudor, lo que va más allá del incumplimiento de las obligaciones, si se considera el carácter de defensa colectiva que la quiebra involucra, ella no puede ser aplicada sino en los casos en que efectivamente se presenta una situación patrimonial crítica, en la que existen diversos intereses que proteger, y no por el hecho del simple incumplimiento de parte del deudor, ante lo cual bastaría el ejercicio de las defensas individuales. La ley 18.175 siguió a la 4558 en cuanto para ella la cesación de pagos es la causa de la quiebra. En efecto, la ley vigente fija hechos reveladores absolutos y taxativos para acreditar la existencia de cesación de pagos, entendida como estado económico patrimonial generalizado y crítico y no el mero incumplimiento de una obligación.

Quinto: Que el artículo 43 N° 1 de la ley de quiebras prescribe que cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos: 1°. cuando el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, agrícola o minera, y; 2. que haya cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo.

Es un hecho pacífico y por ende no controvertido, que el deudor no cumplió oportunamente con la obligación contenida en el pagaré respecto del cual se constituyó en aval y codeudor solidario.

En lo que hace a la forma de ejercer la actividad comercial cabe preguntarse si el ejercicio de la actividad que requiere la ley para estos efectos debe ser permanente o puede ser ocasional. Al respecto el profesor Alvaro Puelma Accorsi, en la obra citada precedentemente sostiene: Nos, inclinamos a sostener, no obstante el notorio vacío legal, que el ejercicio de la actividad económica determinada que exige la ley para los efectos de la quiebra debe ser permanente, no ocasional, ya que no consideramos ejercicio de una actividad la realización ocasional de actos que no expliciten un efectivo y permanente ejercicio de la actividad requerida por la ley. Como la ley no requiere en la actualidad para los efectos analizados la calidad de comerciante, industrial, agricultor o minero sino el ejercicio de dichas actividades, habrá que probar el efectivo ejercicio de ellas, aun tratándose de sociedades cuyo objeto social de mercantil, agrícola o minero. Señala don Ricardo Sandoval López en su Manual sobre Derecho Comercial, sobre la Insolvencia de la Quiebra, Derecho de Quiebras y Cesión de Bienes, T. IV Editorial Jurídica de Chile, pág. 75, Corresponde al acreedor que solicita la declaratoria de quiebras acreditar que su deudor ejerce alguna de estas actividades. Para ello puede prevalerse de todos los medios de prueba que la ley contempla. En la práctica podrá lograrlo acompañando certificados de instituciones gremiales a las que pertenezca el deudor, copias de declaraciones de impuestos hechas en tal calidad, boletas impresas, facturas, patentes municipales, avisos de publicidad, etc. Sexto: Que aparece ajustada a derecho la conclusión a la que arribaron los Jueces del grado en orden a que la actividad comercial, que se exige al deudor para

configurar la causal en estudio, debe ser habitual. Ello es concordante, además con las consecuencias que acarrea la declaratoria de quiebra, las que difieren entre un deudor civil o comercial. Por ejemplo, derecho de alimentos, efectos retroactivos, obligación de solicitar su propia declaratoria, fijación de la fecha de cesación de pagos y calificación, puesto que la ley evidentemente consagra un tratamiento diverso en las materias señaladas para quienes ejercen una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y quienes no la desarrollan. Por ello también el artículo 52 N° 1 de la ley de Quiebras exige que la sentencia que la declara determine si el fallido ejerce o no esas actividades. En consecuencia y atendido lo que se viene de señalar no se han cometido los yerros que sobre este punto se denuncian en el presente arbitrio.

Séptimo: Que como se señaló en el motivo tercero que precede, la sentencia censurada estableció que si bien el deudor al constituirse en aval de la sociedad obligada al pagaré ejecutó un acto de comercio, ello no basta por sí sólo para otorgarle la calidad de comerciante, puesto que el artículo 43 N° 1 de la ley concursal exige que el deudor ejerza una actividad comercial, lo que denota habitualidad, concluyendo que en la especie no se reúnen los presupuestos del numeral 1° del citado artículo de la ley de Quiebras.

Por su parte las citas de disposiciones legales denunciadas en el recurso, expuestas previamente en el motivo primero, tienen por objeto sustentar fundamentalmente que el deudor fallido ha hecho del comercio su profesión habitual, configurándose a su respecto la causal prevista en el artículo 43 N° 1 de la ley del ramo.

En consecuencia, la cuestión que se plantea en el recurso es discernir si, en la especie, se incurrió en error de derecho al resolver que no se reúnen los presupuestos para configurar la causal esgrimida por el peticionario para declarar la quiebra de don Germán Schmidt Horsella.

Octavo: Que luego de lo dicho, resulta que las vulneraciones de derecho que el recurrente estima se han cometido por los Jueces del fondo, persiguen desvirtuar el supuesto fáctico fundamental asentado por aquellos, esto es, que no se reúnen los presupuestos del artículo 43 N° 1 de la ley de Quiebras; hecho que resulta inamovible para este Tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, desde que ha sido establecido con sujeción al mérito de los antecedentes, probanzas aportadas por las partes, interpretación y aplicación de normas atinentes al caso en estudio, no siendo posible impugnarlo por la vía de la nulidad que se revisa, salvo que se haya denunciado la infracción a las normas reguladoras de la prueba.

Noveno: Que en consecuencia corresponde examinar los preceptos de esa naturaleza que se han denunciado como vulnerados. En primer lugar en el recurso se sostiene que se transgredieron los artículos 1700 del Código Civil y artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil al concluir que el demandado no tenía la calidad de comerciante y omitir considerar como plena prueba la escritura pública de 15 de noviembre de 2006 en la que el demandado se constituyó en avalista y codeudor solidario de la sociedad Constructora H.M. Limitada, ni los pagarés que el demandado suscribió en la misma calidad, a favor de otros bancos. También dice se vulneró el último precepto citado al restarle mérito probatorio al informe de Dicom donde aparece el deudor como socio con participación societaria en 14 sociedades.

Décimo: Que precisamente la mencionada escritura pública sí fue valorada por los Jueces del mérito según aparece de los motivos 4° y 5° de la sentencia de primer grado que la de segunda instancia hace suya, sólo que de ello deriva el carácter de acto de comercio del aval y no que el deudor sea comerciante como quiere el recurrente. De otra parte, estimaron que dicho acto de comercio constituirse en aval y codeudor solidario de la sociedad deudora no era suficiente para estimar que el deudor haya hecho del comercio su profesión habitual. Finalmente el recurrente al denunciar la falta de apreciación de la prueba rendida en el proceso, invoca un argumento que corresponde a un vicio de nulidad formal, no susceptible de ser corregido por la vía de la casación de fondo. En todo caso la regla del artículo. 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil que esgrime la recurrente no reviste la naturaleza de reguladora de la prueba, puesto que el mencionado artículo, 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil dispone que los instrumentos privados se tendrán por reconocidos cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria y bajo este expreso apercibimiento, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de sexto día, contados desde su presentación. Esta disposición tiene un carácter meramente procesal que sólo habilita, para estimar como legalmente presentado a juicio un instrumento privado, pero en realidad su valor probatorio que es lo que importa para su eficacia, se halla previsto en el artículo 1700 del Código Civil en relación al artículo 1702 del mismo cuerpo de leyes, en circunstancias que el recurrente sólo da por infringido el primero de dichos preceptos mencionados y por consecuencia no se sustenta el error de derecho en ese tópico.

Decimoprimer: Que, al no existir vulneración a alguna ley reguladora de la prueba, los hechos sentados por el Tribunal y descritos en el considerando precedente, son inamovibles para este Tribunal de casación y a ellos deben sujetarse los sentenciadores para aplicar el derecho a la cuestión controvertida.

Decimosegundo: Que en consecuencia, no existe infracción a ninguna de las disposiciones legales invocadas en el

recurso, puesto que, establecido en la sentencia atacada que el presunto fallido no ejercía en forma habitual una actividad comercial, no podía sino aplicarse los artículos que se citan como infringidos de la ley 18.175 de la manera que los sentenciadores lo hicieron, rechazando la petición de que se trata.

Decimotercero: Que, por consiguiente, el recurso de casación en el fondo, debe ser desechado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 785, del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 96; por el abogado don Cristián Sánchez Rojas, en representación del solicitante, en contra de la sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil siete, escrita de fojas 75.

El rechazo del recurso de casación en el fondo, fue acordado luego de desechada la indicación previa del Ministro señor Muñoz de casar en la forma de oficio la sentencia de segunda instancia, por la causal del artículo 768 N° 5, en relación con el artículo 170 N° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil, en atención a la ausencia de toda consideración de la prueba instrumental acompañada por la actora, consistente en: a) la escritura pública de 15 de noviembre de 2006 en la que Germán Schmidt Horsella se constituyó en avalista y codeudor solidario de la sociedad constructora, Constructora H.M. S.A., b) pagarés que suscribió don Germán Schmidt Horsella como avalista a favor de diversas entidades bancarias y que fueron verificados en la quiebra de la sociedad Constructora H.M. S.A., a saber, 1. Pagaré N° 82087, a la orden del Banco de Chile por la suma de \$ 347.565.000; con vencimiento el 11 de diciembre de 2006, 2. Pagaré N° 420007027787, suscrito a la orden del Banco Santander, por la suma de \$ 30.000.000 con vencimiento el 3 de enero de 2007, 3. Pagaré suscrito en favor del Banco de Crédito e Inversiones por la suma de \$ 40.631.511, 4. Pagarés a la a la vista y a la orden N°s 1350600001978, 209587, 1359800012246, 1359800012238, y 1359800012688, suscrito a favor del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por las sumas de \$ 3.327.889, US\$ 51.290,04, U.F. 1698,35; U.F. 2488,73; y U.F. 2280,63, respectivamente, 5. Pagaré suscrito a favor del CorpBanca S.A., por U.F. 1500, c) del informe de Dicom en el que consta que el demandado es socio con participación societaria en 145 sociedades y; d) expediente rol N° 23.731 2006, sobre quiebra de la Constructora H.M. S.A.

Acordada igualmente la sentencia, con el voto en contra del Ministro señor Muñoz quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo deducido; anular la sentencia de segunda instancia, dictar fallo de reemplazo por el que se revocó la decisión de primer grado y declarar la quiebra de Germán Schmidt Horsella, efectuando las declaraciones legales consiguientes, para lo cual ha tenido en consideración las siguientes argumentaciones:

1º. Que según se ha dicho en el fallo de casación, el recurso se sustenta en la infracción del artículos 43 N° 1 de la ley 18.175 en relación con el artículo 7º del Código de Comercio y 3 N° 10 del mismo Código; artículo 46 de la ley 18.092 y 19 inciso primero del Código Civil, además, de la transgresión de las normas reguladoras de la prueba contempladas en los artículos 1700 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil.

Se dejó expresado, además, como hechos de la causa, que el sujeto respecto del cual se solicita la quiebra avaló, como persona natural, las obligaciones de la sociedad Constructora H.M. S.A. actualmente en quiebra; obligaciones emanadas del pagaré N° 025559 por la suma de \$ 133.893.341, no pagado a su vencimiento.

Por último, se reprodujo la argumentación de los Jueces de la instancia quienes interpretando el artículo 43 N° 1 del Título IV del Libro IV del Código de Comercio, agregado por la ley 18.175, efectúan una doble exigencia, para la declaratoria de quiebra en el caso de autos, en el sentido que la ejecución de un acto aislado de comercio no basta por sí sola para otorgar la calidad de comerciante al avalista, puesto que la ley requiere habitualidad que va más allá de la ejecución de un acto aislado de comercio.

2º. Que en la evolución del Derecho Comercial esta rama nace como el Derecho de los Comerciantes, con un carácter subjetivo, para luego algunos cuerpos normativos regular los actos de comercio, ya de una manera objetiva, principal innovación de nuestro Código de Comercio. En el Mensaje del Código se puede leer: Bajo el epígrafe disposiciones generales se han establecido ciertas reglas que dominan todas las materias del Código y que no era posible consignar en ninguno de los títulos que lo componen, sin alterar el sistema y método de su redacción. Algunas de estas reglas determinan los límites del imperio del Código, y autorizan la aplicación de la ley común y de la costumbre en los casos en que la primera se encuentre deficiente , para luego agregar: Entre las disposiciones generales se encuentra también la que trata de los actos de comercio que, más de constituir la materia especial del Código ofrecen la más amplia y segura de la jurisdicción mercantil; y mediante la colocación que se les ha dado, se ha evitado la justa crítica dirigida a los códigos que se han reservado la importante noción de estos actos para la ley que regla la competencia de los juzgados de comercio. El proyecto ha huido del peligro de las definiciones puramente teóricas, y en vez de definir los actos de comercio, los ha descrito prácticamente, enumerándolos con el debido orden, precisión y claridad .

Siguiendo esta línea inspiradora, de hacer la mayor precisión de la aplicación de la legislación mercantil, el artículo 1º del Código de Comercio rige, en primer término las obligaciones de los comerciantes que se refieren a operaciones mercantiles, con lo cual hace una doble exigencia: a) ser comerciante y; b) realizar operaciones mercantiles, de forma tal que pasa a ser un derecho subjetivo y objetivo a la vez. En segundo término rigen las obligaciones que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, aquí se concreta el denominado principio de lo accesorio, según el cual el acto pasa a regirse por el derecho comercial, no obstante que a la persona no le sea naturalmente aplicable esta reglamentación y cuando se dice que se le aplica al acto, es que se le aplica a la persona que suscribe el acto, pues se tiene en consideración el carácter mercantil de la obligación que se pretende garantizar. Y, por último, la norma dispone que cualquiera sea la calidad de las personas, se aplicará siempre el derecho comercial, a los contratos exclusivamente mercantiles. De este modo el Código se aplica: a) A los comerciantes en los actos mercantiles; b) A los no comerciantes en los actos que garanticen obligaciones mercantiles y, c) A los no comerciantes que realicen actos exclusivamente mercantiles.

El artículo 3º del mismo Código remarca y mantiene los principios anteriores, pero agregando la noción de los actos de doble carácter, en que determinados actos de comercio pueden serlo para algunos de los contratantes. Sin embargo, será el mismo artículo el que otorgará el carácter de mercantil de manera absoluta a determinadas operaciones, cualquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan ; actos que siempre estarán regidos en lo específico por el Código de Comercio, pero también en sus efectos sean ellos derivados de su naturaleza como en relación a las personas que toman parte en ellos.

Para concluir este cuadro de disposiciones el referido Código, en su artículo 7º, exige profesionalidad habitual para atribuir el carácter de comerciante y, el artículo 8º, siguiendo la misma idea, priva de la calidad de comerciante a quien ejecuta accidentalmente un acto de comercio, pero, en este último caso, dispone la consecuencia más relevante respecto de un no comerciante, su vinculación a las leyes de comercio en cuanto a los efectos del acto de comercio en que toman parte. Se genera así una posible contradicción entre esta norma con los actos de doble carácter, respecto del no comerciante, a que se refiere el artículo 3º, pero que resulta zanjada, a lo menos, en aquellas operaciones a las cuales se les dotó siempre y en todo caso de manera objetiva de un carácter mercantil cualquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan , pues a ellas siempre les será aplicable el derecho comercial teniendo en consideración tanto la naturaleza del acto, pero desatendiendo la calidad de las personas que participan en el mismo.

3º. Que precisado el límite de aplicación del derecho comercial, no resulta ocioso reiterar que se estableció como hecho de la causa, que el sujeto respecto del cual se solicita la quiebra avaló, como persona natural, las obligaciones de la sociedad Constructora H.M. S.A. actualmente en quiebra; obligaciones emanadas del pagaré N° 025559 por la suma de \$ 133.893.341, no pagado a su vencimiento.

De esta forma, la causal de quiebra del artículo 43 N° 1 del Título IV del Libro IV del Código de Comercio, que establece: Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos: 1. Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo , debe ser interpretada y aplicada teniendo en consideración tanto el principio de lo accesorio previsto en el artículo 1º del Código de Comercio, que deja bajo el imperio de sus disposiciones a las personas no comerciantes que contraigan obligaciones para asegurar el cumplimiento de obligaciones Comerciales, que es precisamente la circunstancia de autos, pues, la persona cuya quiebra se solicita se constituyó en aval de un comerciante y de un acto de comercio absoluto, conforme a lo dispuesto por el artículo 3º del mismo Código que expresa que son actos de comercio las operaciones sobre pagarés, cualquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan , así como lo normado en el artículo 8º del mismo cuerpo de leyes, que sujeta al no comerciante a las leyes de comercio respecto de los efectos del acto. De ignorarse estas disposiciones y aplicarse aisladamente la norma relativa a la quiebra, la causal en referencia sólo podría aplicarse al deudor calificado, exégesis que no resulta atendible, pues de lo anterior resultan consecuencias que afectan los principios sobre los cuales descansa la actividad mercantil y el derecho en general, como es el de la buena fe y el acto propio, de forma tal que estos disidentes, interpretando tales normas de manera armónica, según lo ordena el artículo 24 del Código Civil, primera regla a considerar en toda labor hermenéutica integral, consideran que tratándose de una obligación de una persona no comerciante, destinada a garantizar el cumplimiento de otra de carácter mercantil de un comerciante, no obstante su carácter aislado, sus efectos se rigen por el derecho mercantil y queda bajo el imperio del artículo 43 N° 1 del Título IV del Libro IV del Código de Comercio y, por lo mismo, procede ser declarado en quiebra Germán Schmidt Horsella; al haber avalado el pagaré N° 025559 por la suma de \$ 133.893.341, no pagado a su vencimiento y suscrito por la sociedad Constructora H.M. S.A. la que se encuentra actualmente en quiebra.

4º. Que, además, la sentencia de primera, instancia desestimó, la argumentación sustentada en la aplicación de lo dispuesto en los artículos 46 y 107 de la ley 18.092, en relación con el artículo 3 N° 10 del Código de Comercio, al constituir el aval de un pagaré un acto de comercio, pero que no concede la calidad de comerciante a quien lo otorga.

Del mismo modo rechaza el motivo que se funda en la individualización como factor de comercio por la persona cuya quiebra se solicita, por cuanto este hecho no importa que la persona adquiera el carácter de comerciante.

Sin embargo, estos antecedentes como los indicados con anterioridad refuerzan lo concluido, los cuales están ahora, además, sustentados en el hecho propio, todos los que deben ser analizados en conjunto y no aisladamente.

5°. Que, sin perjuicio de lo anterior, igualmente procede la declaratoria de quiebra de Germán Schmidt Horsella, desde el momento que al omitirse toda consideración sobre la prueba documental acompañada por el solicitante en segunda instancia, se le ha privado de valor probatorio, infringiéndose la normativa formal señalada en la indicación previa de este disidente, pero, además la sustantiva denunciada por la recurrente, esto es los artículos 1700 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, al dejar de considerar la plena prueba de la escritura pública de 15 de noviembre de 2006 en la que Germán Schmidt Horsella se constituyó en avalista y codeudor solidario de la sociedad constructora, Constructora H.M. S.A. y omitir otorgarle valor probatorio a los pagarés que suscribió como avalista a favor de diversas entidades bancarias, como respecto del informe de Dicom en el que consta que el demandado es socio con participación societaria en 14 sociedades. De una correcta ponderación de las pruebas aportadas se desprende incluso que se encuentra demostrada la habitualidad o profesionalismo en suscribir actos de comercio, de lo que deriva el cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 7° del Código del ramo y reconocerle así la calidad de comerciante a la persona cuya quiebra ha sido solicitada, de forma tal que le es aplicable la causal del artículo 43 N° 1 del Título IV del Libro IV del Código de Comercio.

6°. Que la buena fe es el principio rector de la actividad mercantil, por lo que resulta legal, apropiado y conveniente, además, que la persona declarada en quiebra en este caso quede sujeta a calificación criminal, fijación de la época de la cesación de pagos, ejercicio de acciones revocatorias concursales e improcedencia de la cesión de bienes, por cuanto, según se ha dicho, se trata de un profesional arquitecto que participa en la propiedad de 14 sociedades constructoras en calidad de socio, respecto de las cuales se ha constituido en avalista y codeudor solidario a favor de diversas entidades bancarias en distintos pagarés, los que igualmente se encuentran impagos.

Impone la conclusión del disidente una razón de interpretación finalista, de vincular a una persona, de las particulares características del deudor, a los efectos de una legislación de mayor exigencia, cuando deja de cumplir sus compromisos con terceros de manera habitual, contrariando el principio de buena fe que rige en materia mercantil.

Redacción a cargo de la Ministra señora Herreros y del voto en contra el Ministro señor Muñoz.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros señor Sergio Muñoz G., señora Margarita Herreros M. y señor Juan Araya E. y Abogados Integrantes señores Fernando Castro A. y Ricardo Peralta V.

No firman el Ministro señor Muñoz y el Abogado Integrante señor Castro, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y ausente el segundo.

Autorizado por la Secretaria Suplente señora Beatriz Pedrals García de Cortázar.

Rol N° 6.315 07.