

Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*

Patricio Oyaneder Davies

Ex Profesor Ayudante de Derecho Penal Económico
y de Derecho Penal I
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. Responsabilidad penal de las personas físicas que actúan en nombre de una sociedad (persona jurídica societaria).

Atendiendo al sujeto activo que describe la faz objetiva de un determinado tipo penal, tradicionalmente se ha distinguido entre los delitos comunes y los delitos especiales. En efecto, la mención que el tipo objetivo hace al sujeto activo del delito puede referirse a cualquier persona, caso en que todo sujeto es idóneo para ser autor del delito (generalmente se utiliza la fórmula: “el que” o “quien”), o bien puede –la descripción típica- limitar el círculo de autores idóneos para cometer un delito a determinados grupos de personas. En otros términos, los **delitos comunes** pueden ser cometidos por cualquier sujeto; en cambio, los **delitos especiales** sólo pueden tener por autores a las personas que reúnan una cualidad especial, fáctica o jurídica, descrita por el tipo respectivo.

Adicionalmente, se distingue entre **delitos especiales propios e impropios**. De los primeros, sólo puede ser autor una persona cualificada y no tienen correspondencia con un tipo común paralelo del que pueda ser sujeto activo cualquier individuo; de los segundos –

delitos especiales impropios-, sólo puede ser autor un sujeto cualificado, mas tienen una correspondiente figura común de la que puede ser autor cualquier persona.

La cualidad especial que la figura típica requiere que concurra en el autor del hecho punible puede ser de la más diversa índole, v. gr., funcionario público, juez, persona jurídica, deudor, librador, etc. En lo que sigue circunscribiremos estas líneas a los casos en que una persona jurídica es el sujeto activo cualificado de un delito especial.

Cuando la ley penal exige que el sujeto activo de una figura delictual posea una determinada cualidad, y ésta concurre en la persona jurídica, mas no en el sujeto –persona natural- que actúa en su nombre, nos encontramos ante una potencial laguna de punibilidad, pues quien ejecuta el *factum* típico no posee la cualidad especial que requiere la descripción típica para configurar el delito. La solución a esta problemática se establece mediante la inclusión de disposiciones, ya de carácter general, ya de carácter especial que reglan lo que la ciencia penal ha convenido en denominar “**actuación en lugar de otro**”. Mediante estas cláusulas se extiende la autoría formal de los delitos especiales a quienes actúan en lugar del sujeto cualificado.

* Artículo publicado en el N° 7 – Enero 2003, de la Revista ACTUALIDAD JURÍDICA, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.



En este sentido, nuestra legislación contempla algunas disposiciones referentes al tema, una de carácter general, contenida en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, cuya fórmula, con algunas variantes, ha acogido el artículo 58 del nuevo Código Procesal Penal. Además de estas cláusulas de carácter general, como recién se ha apuntado, existen otras de carácter excepcional contenidas en leyes especiales. A los efectos de esta exposición, nosotros utilizaremos –sólo por vía de ejemplo- la regla contenida en el artículo 232 de la Ley N° 18.175 (Ley de Quiebras).

La citada disposición legal viene a salvar una potencial laguna de punibilidad que puede tener lugar cuando alguno de los ilícitos penales tipificados en la Ley de Quiebras sea cometido por una persona natural que, actuando en lugar de una sociedad (o compañía), ejerza alguna de las actividades sindicadas en el artículo 41 de la misma normativa. En efecto, los artículos 218 y siguientes de dicha ley exigen que el sujeto activo del delito revista una cualidad especial, a saber: ser deudor, ejercer alguna de las actividades señaladas en el referido artículo 41 y estar declarado en quiebra. Ahora, en caso de ser el quebrado una sociedad dotada de personalidad jurídica, naturalmente sólo ésta tendrá alguna de las cualidades exigidas por las figuras típicas señaladas. De modo que quien haya ejecutado las conductas constitutivas de los mencionados ilícitos penales carecerá de los elementos que cualifican al sujeto idóneo para cometer tales delitos, y, consecuentemente, las conductas quedarán impunes. Para salvar estas situaciones, en las que ostensiblemente habría una laguna de punibilidad, la Ley de Quiebras establece en su artículo 232 una cláusula de **“actuación en lugar de otro”** del siguiente tenor: *“Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede*

comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.”

En suma, y de conformidad a lo prescrito en los artículos 41 y 218 y siguientes de la ley en comento, cuando se trate de una persona jurídica, ésta deberá tener la calidad de deudora, ejercer una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y estar declarada en quiebra, caso en que serán penalmente responsables por los delitos relacionados con su quiebra las personas sindicadas en el artículo 232 de la Ley N° 18.175.

Hasta este punto la cuestión no presenta mayores dificultades, como las personas jurídicas actúan a través de sus representantes, éstos serán penalmente responsables por los ilícitos penales cometidos en el seno de aquéllas. Cabe si hacer una advertencia: en tales supuestos no se trata de una responsabilidad del representante por la persona jurídica, sino de una responsabilidad por el hecho propio de aquél. Sostener lo contrario atentaría contra los pilares sobre los que se sustenta el derecho penal, tales como el principio de culpabilidad, el de legalidad y el de personalidad de las penas.

Ahora bien, en lo precedente hemos partido de la siguiente base: *la persona natural ha actuado en representación de una persona jurídica*, por lo que se torna imprescindible referirnos a los casos en que el ordenamiento jurídico concede personalidad jurídica a una sociedad; supuesto que constituye la



condición *sine qua non* de la aplicación de la citada disposición de la Ley de Quiebras.

II. Adquisición de la personalidad jurídica societaria.

En este acápite nos abocaremos a determinar los supuestos bajo los cuales nuestra legislación dota de personalidad jurídica a una asociación de carácter mercantil.¹

Sabido es que, de conformidad a lo prescrito en el artículo 2053 del Código Civil, la sociedad – en tanto contrato- forma una persona jurídica distinta de sus miembros individualmente considerados, y, por lo mismo, ella pasa a ser centro de imputación de los derechos y obligaciones contraídas en el devenir de la actividad social, según se desprende de la citada normal legal y del artículo 545 del Código Civil que define a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.” De modo que, para que nazca a la vida del derecho una persona jurídica de las que tratamos y, consecuentemente, tenga lugar tal imputación diferenciada, es necesario que los interesados en ello cumplan con los requisitos señalados por la ley al efecto, esto es: que *celebren un contrato de sociedad en el que cumplan con los requisitos de forma y de fondo propios de dicho acto jurídico.*

Sin embargo, cuando se trata de constituir una sociedad de carácter mercantil, la celebración del contrato de sociedad o compañía queda sujeto –además- a la observancia de un conjunto de formalidades especiales que dan lugar a lo que la doctrina ha denominado *iter constitutivo* del ente social, término con el que se significa al conjunto de solemnidades que deben observar los contratantes al celebrar esa

convención, *verbi gratia*: las inscripciones y publicaciones del acto social constitutivo.

En el año 1997, mediante la dictación de la Ley N° 19.499, se instauró en nuestro ordenamiento jurídico un régimen especial en materia de nulidades societarias derivadas de la existencia de vicios de carácter formal en su proceso de formación. En lo que a nosotros interesa, la aludida normativa establece un procedimiento que permite sanear los vicios de carácter formal que puedan afectar al contrato de sociedad comercial² y así evitar las consecuencias que derivarían de la concurrencia de tales vicios. A continuación, pasamos a revisar estas normas dada la estrecha vinculación que existe entre ellas y la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, pues, según veremos en los párrafos que siguen, aun cuando no se cumpla con todos los requisitos establecidos – en principio- por la ley para dar vida a la persona jurídica societaria, ésta puede nacer, empero sujeta a prescripciones especiales.

De conformidad a lo dicho, cabe insistir en que la personalidad jurídica de la que pueden gozar las asociaciones de derecho privado mercantiles dimana de la celebración de un contrato de sociedad (artículo 2053, *in fine* del Código Civil) sujeto a las prescripciones contenidas tanto en el Código Civil como en el de Comercio.

II.1. Sociedades regulares y personalidad jurídica societaria.

Para facilitar la comprensión de la materia que tratamos se hace necesario ensayar una noción del acto jurídico “*contrato de sociedad*” que ponga acento en su principal efecto, cual es provocar el nacimiento a la vida del derecho de la persona jurídica societaria. Para nosotros, la sociedad, en

¹ Las relaciones existentes entre el derecho de asociación y la sociedad las hemos tratado en: Patricio Oyaneder Davies, La Personalidad Jurídica Societaria y su Desestimación. El denominado “Abuso de la Personalidad Jurídica”, s/e, págs. 5 y ss.

² Cfr. el art. 1° de la Ley N° 19.499.



tanto convención, **es una regla jurídica que nace voluntariamente del acuerdo de voluntades de dos o más personas (naturales o jurídicas), mediante la cual se crea una nueva situación jurídica intersubjetiva, que permite a las partes regirse por un estatuto jurídico especial, propio del tipo social que se adopte, en las relaciones jurídicas que se generen en el ámbito del quehacer social.**³ En otros términos, el contrato sociedad confiere el derecho a regirse por un conjunto de normas simplificadoras de las reglas generales que rigen en materia de imputación, al tener por titular de los derechos y obligaciones que se adquieran en el ejercicio de la actividad social a la persona jurídica societaria creada al efecto. Ahora, el contenido de estas normas especiales será diverso según el tipo de sociedad adoptado en el contrato de compañía que se suscriba en cada caso (contrato de sociedad colectiva, de sociedad en comandita, de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima).

Además de los requisitos generales o comunes a toda declaración de voluntad y de los que tipifican al contrato de sociedad, nuestra legislación societaria establece una serie de formalidades que deben observar quienes desean que la asociación a la que pertenecen o constituyen, según el caso, goce de la personalidad jurídica propia del contrato

³ Sobre la noción del acto jurídico como regla jurídica, véase: Pablo Rodríguez Grez, Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad, Editorial Jurídica de Chile, 1995, págs. 109 y ss. Más recientemente el profesor Rodríguez trata el tema con mayor profundidad en: El Derecho como Creación Colectiva, Ediciones Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, 1999. También puede consultarse con provecho, del mismo autor, una apretada síntesis de estas ideas en: La Creación Individual y Colectiva del Derecho, Revista del Abogado, N° 18, abril del 2000.

de sociedad que celebran a ese efecto.⁴ Así, para que una sociedad colectiva o en comandita mercantil quede regularmente constituida, el acto constitutivo social, además de contener las menciones que ordena el artículo 352 del Código de Comercio, deberá constar en escritura pública y un extracto⁵ de ésta tendrá que inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio social dentro del plazo de 60 días contados desde que la escritura social haya sido extendida. Tratándose de la constitución de una sociedad anónima⁶ o de una sociedad de responsabilidad limitada⁷ se agrega a estas solemnidades la publicidad, que consiste en el deber de publicar el extracto de la escritura social en el Diario Oficial dentro del plazo de 60 días establecido para la inscripción del mismo.⁸

Dejemos sentado, entonces, que *cumplidos los requisitos propios del contrato de sociedad que se quiera formar, ésta quedará regularmente constituida y gozará de la personalidad jurídica correspondiente al contrato de sociedad que se haya celebrado.* A las sociedades así constituidas la doctrina

⁴ Cfr. los arts. 350 C.Com., 3° de la L.S.R.L., y 3° de la L.S.A.

⁵ El extracto del contrato social, a excepción del extracto de un contrato de sociedad anónima, debe contener las menciones señaladas en el art. 354 del C.Com.

⁶ El contenido del contrato de sociedad anónima y de su extracto está regulado en los arts. 4° y 5° de la L.S.A., respectivamente.

⁷ Al contrato de sociedad de responsabilidad limitada y a su extracto, en lo que dice relación con su contenido, se aplican los arts. 2° y 4° de la L.S.R.L., y 352 y 354 del C.Com., aun cuando la sociedad que se forme por ese contrato sea de carácter civil.

⁸ Cfr. los arts. 3°, inc. 2° L.S.R.L. y 5°, inc. 2° L.S.A. Para la constitución de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada es indiferente si se constituyen para efectuar actos de comercio o no, pues, el procedimiento de constitución fijado en sus respectivas leyes es el mismo en ambos casos.



ha convenido en llamarlas **sociedades regulares**, que son aquellas que han nacido a la vida del derecho a consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad en el que se ha dado cabal cumplimiento a todas las formalidades establecidas por la ley para que produzca sus efectos regulares, esto es, para que de vida a la persona jurídica propia del tipo de contrato de sociedad celebrado (contrato de sociedad colectiva, de sociedad en comandita, de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima). En consecuencia, la noción de **regularidad** se reserva para aludir al acatamiento de los requisitos formales que informan la constitución de una sociedad, excluyéndose, por tanto, los de fondo.

II.2. Sociedades irregulares y de hecho y personalidad jurídica societaria.

La doctrina ha utilizado los términos “*sociedad irregular*” y “*sociedad de hecho*” para referirse a aquellas sociedades “*nacidas*” de un proceso formativo en el cual no se dio pleno cumplimiento a las prescripciones legales reguladoras de los requisitos formales de su constitución. En la legislación comparada se utiliza esta terminología, y se advierte, aun cuando con diversos matices, una regulación cada vez más acabada de estas sociedades.⁹ Lamentablemente, nuestro ordenamiento jurídico confunde a las sociedades irregulares y las de hecho bajo una misma denominación: “**sociedad de hecho**”.¹⁰ Con todo, según veremos en este apartado, la distinción entre ambas sociedades es factible haciendo una recta interpretación de la normativa societaria vigente; labor que se impone, por cuanto se

⁹ V. gr. los arts. 36 y siguientes de Ley N° 16.060 del Uruguay, arts. 21 y siguientes de la Ley N° 19.550 de Argentina, y 16 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas de España, entre otras.

¹⁰ Cfr. los incisos 2° de los arts. 356 y 357 del C.Com.

trata de dos institutos jurídicos diversos, al extremo de ser antagónicos.

Pues bien, hasta el momento nos hemos referido a los vicios de carácter formal que pueden afectar al contrato de sociedad, mas no hemos puntualizado su contenido. A la luz del artículo 1° de la Ley N° 19.499 podemos sostener que son **vicios formales** de los que puede adolecer el contrato de sociedad o compañía *aquellos que consisten en el incumplimiento de alguna solemnidad legal, tales como la inscripción o publicación tardía del extracto de la escritura de constitución de una sociedad, o la falta de cumplimiento o cumplimiento imperfecto de las menciones que la ley ordena incluir en dichos instrumentos, siempre y cuando, no impliquen la privación de algún elemento esencial del concepto de sociedad o de los contratos en general*, pues, en tal caso, los vicios son considerados de fondo y no de forma, razón por la cual quedan sujetos a las prescripciones del derecho común.¹¹⁻¹²

En nuestra normativa societaria la existencia de un vicio de carácter formal en el **iter constitutivo**¹³ de una sociedad o compañía no acarrea necesariamente la nulidad de la misma y, por ende, de la persona jurídica que subyace a ella. Lo determinante para establecer los efectos que producirá un contrato de sociedad que adolezca de un vicio

¹¹ Cfr. el art. 6° de la Ley N° 19.499.

¹² El art. 9° de la misma ley establece qué errores de la escritura pública de constitución, o de su extracto inscrito o publicado no son constitutivos de vicios formales, y que, por lo tanto, no requieren ser saneados.

¹³ Como se ha dicho *supra*, la doctrina extranjera emplea este término para referirse al conjunto de actos que la legislación establece deben efectuarse para que una sociedad quede legalmente constituida, tales como las menciones que debe contener el contrato social, la inscripción y la publicación del mismo, entre otros.



de carácter formal está dado por la instrumentación del mismo, según veremos seguidamente.

En primer lugar, cuando el contrato de sociedad que adolece de un vicio de carácter formal consta en escritura pública, en instrumento reducido escritura pública o en uno protocolizado existen dos posibilidades: si la nulidad de esa sociedad se ha hecho valer en juicio, los socios tienen la facultad de acogerse al régimen de saneamiento de vicios formales establecido por la Ley N° 19.499 hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término que declare la nulidad de la sociedad así constituida; de modo que, si los socios sanean el vicio dentro de este término, la sociedad pasa a ser regular, lo que opera con efecto retroactivo a la fecha de la escritura o protocolización, según el caso,¹⁴ por lo que tendrá –con ese efecto– la personalidad jurídica propia del contrato de sociedad celebrado al constituirla. En cambio, de conformidad a lo prescrito en el artículo 357 del Código de Comercio, si alegada la nulidad de esa compañía los socios no sanean el vicio que afecta al acto constitutivo social, tal sociedad será declarada nula y deberá ser liquidada, para lo cual gozará de personalidad jurídica,¹⁵ pero la responsabilidad de los socios pasará a ser solidaria frente a los terceros con los que haya contratado la “*sociedad de hecho*”.

Se colige de lo expuesto que: cuando medie saneamiento del vicio que afecte a la constitución de una sociedad comercial inicialmente irregular, ésta gozará retroactivamente de la personalidad jurídica propia del tipo de sociedad que quisieron formar los socios al constituirla, como si jamás

hubiese existido el vicio, y, por tanto, la sociedad pasará a ser regular. En caso contrario, esto es, si alegada judicialmente la nulidad de la sociedad irregular, y pudiendo los socios haber saneado el vicio que afectaba a la constitución de la misma por constar el contrato social en escritura pública, en instrumento reducido a escritura pública o en uno protocolizado, no lo hubieren hecho, dicha sociedad será anulada y deberá entrar en proceso de liquidación, pero manteniendo su personalidad jurídica, cuya capacidad quedará reducida, ya que sólo estará habilitada para ejecutar los actos necesarios para su liquidación, y, adicionalmente, la responsabilidad de los socios pasará a ser, por el sólo ministerio de la ley, solidaria frente a terceros respecto de las obligaciones sociales. Esta es, a nuestro juicio, la **sociedad irregular**, vale decir, *aquella que no obstante estar afecta a un vicio formal que pueda ocasionar su anulación, puede sanear ese defecto y regularizar su situación jurídica cumpliendo con los requisitos que la ley establece al efecto por el hecho de constar su acto constitutivo en instrumento de fecha cierta*.

Distinta es la solución adoptada por el legislador frente a las sociedades cuyo acto constitutivo no conste en escritura pública, en instrumento reducido a escritura pública o en uno protocolizado. Las “*sociedades*” así “*constituidas*” no son anulables como las recién vistas, sino nulas de pleno derecho, existan o no vicios formales en dicho contrato (artículo 356 del Código de Comercio). En esta hipótesis, el orden jurídico no da por cumplidos los supuestos mínimos por él establecidos para que la asociación goce de personalidad jurídica, por lo que somete las relaciones emergentes de dicho acto jurídico, cuando la “*sociedad*” así “*constituída*” hubiere operado como tal, a las prescripciones contenidas en los incisos 2° y 3° del artículo 356 del Código de Comercio, los que

¹⁴ Cfr. el art. 2° de la Ley N° 19.499.

¹⁵ Adviértase que esta nulidad se aparta de las reglas generales en materia de nulidad al no operar con efecto retroactivo.



establecen que en ese evento se formará una comunidad.¹⁶ Ergo, cuando el contrato de sociedad no conste en instrumento de fecha cierta,¹⁷ dicha convención no generará persona jurídica alguna, sino una comunidad sometida al régimen contemplado en el artículo 356 del Código de Comercio, si la “sociedad” así “constituida” hubiese operado como tal, no obstante ser nula de pleno derecho –según la terminología legal. Esta es, a nuestro entender, la **sociedad de hecho propiamente tal**.

Consiguientemente, en este último supuesto es indiferente si existen o no vicios formales, la “sociedad” es nula de pleno derecho por el solo hecho de no constar su *pretendido acto constitutivo* en ninguno de los instrumentos a los que la ley confiere mérito para formar una sociedad que goce de personalidad jurídica. A *contrario sensu*, esto es, si existe un vicio de carácter formal, pero el contrato de sociedad consta en alguno de los mencionados instrumentos, la sociedad no será nula, sino anulable, y gozará de personalidad jurídica aun cuando sea declarada su nulidad en los términos ya indicados, pues, en tal caso, tendrá personalidad jurídica a efectos de llevar a cabo su liquidación.¹⁸

¹⁶ Los incisos 2° y 3° del art. 356 del C.Com. establecen que estas “sociedades” darán lugar a una comunidad, cuyas “ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre los comuneros con arreglo a lo establecido para la sociedad.”

“Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero...”, esto es, la falta de escritura pública, instrumento reducido a escritura pública o protocolizado.

¹⁷ Cfr. el art. 419 del C.O.T.

¹⁸ Cfr. los arts. 355 A y 357 del C.Com.

Similares principios inspiran las modificaciones introducidas a la Ley N° 18.046, cuyo nuevo artículo 6° dispone: “...la sociedad anónima que no sea constituida por escritura pública o en cuya escritura de constitución se omita cualquiera de las menciones exigidas en los números 1, 2, 3, ó 5 del artículo 4°, o cuyo extracto haya sido inscrito o publicado tardíamente o en el cual se haya omitido cualquiera de las menciones que para él exige el artículo 5°, es nula absolutamente,...”. Sin embargo, en estos casos también asiste a los socios el derecho a sanear el vicio hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término que declare la nulidad social, siempre y cuando el acto constitutivo de la compañía conste en escritura pública, en instrumento reducido a escritura pública o en uno protocolizado. Saneado el vicio, la sociedad anónima consolida su existencia como tal con efecto retroactivo a la fecha de los mencionados documentos.¹⁹ En caso contrario, *id est*, cuando el vicio que afecta al contrato social no es saneado, la sociedad declarada nula debe ser liquidada, para lo que gozará de una personalidad jurídica que estará sujeta a las normas que rigen la liquidación de las sociedades anónimas si el contrato social consta en instrumento de fecha cierta.²⁰ Pero, no obstante mantener la sociedad su personalidad jurídica, la responsabilidad de los otorgantes del pacto declarado nulo será solidaria frente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre e interés de la sociedad.²¹⁻²²

¹⁹ Cfr. los arts. 1° *in fine*, 2° y 7° de la Ley N° 19.499.

²⁰ Cfr. el art. 6° de la L.S.A.

²¹ Cfr. el art. 6°, *in fine* L.S.A.

²² El texto del mensaje del ejecutivo de la Ley N° 19.499 disponía en este mismo sentido: “Artículo 6°.- En todos los casos de nulidad en la constitución de una sociedad anónima, los otorgantes del pacto respectivo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubiesen contratado a nombre y en interés de aquélla.”



Finalmente, si la constitución de la sociedad anónima no consta en alguno de los aludidos instrumentos, dicha “*sociedad*” será “*nula de pleno derecho*” y no podrá ser saneada. No obstante lo cual, si la “*sociedad*” así “*constituida*” hubiese existido como tal, o sea, de hecho, se formará una comunidad entre los socios, la que será regida por las prescripciones contenidas en los incisos 2º y 3º del artículo 6º A de la Ley N° 18.046.²³ De modo que, en este evento, no nace persona jurídica alguna.

Conforme lo expuesto, cabe concluir que *el requisito mínimo establecido por la ley para que una asociación de las que estudiamos goce de personalidad jurídica está dado por la instrumentación del contrato de sociedad*. Constando éste en instrumento de fecha cierta, la asociación gozará de personalidad jurídica, aun cuando el respectivo contrato sea posteriormente declarado nulo por no haber mediado saneamiento del vicio formal del que adolecía, pues, en ese caso -el de la *sociedad irregular*- ella continuará su existencia hasta que las operaciones sociales queden totalmente liquidadas.

De cuanto hemos dicho, queda de manifiesto que la noción de contrato de sociedad que hemos dado en lo precedente es aplicable al *contrato de sociedad regular* y al de *sociedad irregular*, en tanto ambas convenciones son idóneas en nuestro sistema jurídico para hacer nacer a la vida jurídica al sujeto de

²³ El artículo 6º A dispone que si la sociedad “existiere de hecho dará lugar a una comunidad entre sus miembros. Las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre ellos con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para las sociedades anónimas.”

“Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y interés de ésta; ...”

derecho llamado persona jurídica societaria; por cierto, siempre y cuando concurren también los requisitos de fondo comunes a toda declaración de voluntad y los que son propios de este acto jurídico (pluralidad de socios, instrumentación, fondo común, participación en los resultados y *affectio societatis*).

Lo señalado es de toda razón, por cuanto quienes deseen regirse por un estatuto jurídico especial, derogatorio de las normas del derecho común, han de respetar las exigencias impuestas por el **principio de legitimidad** (formal y material), esto es, han de dar cabal cumplimiento a las prescripciones impuestas por el orden jurídico para poder crear al sujeto de derecho denominado persona jurídica societaria y actuar bajo su cobertura.

Como colofón, baste recalcar que la situación de las **sociedades de hecho propiamente tales** es diametralmente inversa. Ellas también nacen de un acuerdo de voluntades, pero que no cumple con los requisitos básicos que impone el legislador para que dicho acto jurídico engendre sujeto de derecho alguno, siquiera el que por defecto establece la ley para el supuesto de la sociedad irregular que no sana los vicios formales de que adolece su acto constitutivo. O sea, en el caso de la sociedad de hecho propiamente dicha *no existe respeto al ordenamiento jurídico, por lo que mal puede insertarse en el plexo normativo dicho acto jurídico como causa de adquisición de personalidad jurídica alguna*.

III. Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito de las sociedades irregulares y de hecho.

En los acápite precedentes hemos dejado establecidos los lineamientos generales de lo que constituyen las actuaciones en lugar de otro y los requisitos que el ordenamiento



jurídico exige para que surja a la vida del derecho el sujeto de derecho que llamamos *persona jurídica societaria*. Allí dejamos establecido que el requisito mínimo establecido en nuestra legislación para que exista la persona jurídica en cuestión radica en que el contrato de sociedad conste, a lo menos, en instrumento de fecha cierta, ya que en este caso, aun cuando la sociedad, y por consiguiente la persona jurídica que subyace a ella, sea posteriormente declarada nula, la persona jurídica existirá, lo que permitirá la aplicación del artículo 232 de la Ley de Quiebras para hacer efectivas las responsabilidades por los ilícitos penales cometidos en el seno de la sociedad irregular. Hasta acá las respuestas que nos otorga la referida normativa son bastante satisfactorias; mas ello no ocurre –según nuestro parecer– en un caso del que no ha dado cuenta la doctrina, a saber: cuando nos encontramos ante una “*sociedad de hecho*”, es decir, *sin personalidad jurídica*. En otros términos, ¿a quién se imputará la responsabilidad penal que dimana de la comisión de un delito contemplado en la Ley N° 18.175, si éste ha sido cometido actuando en lugar de una “*sociedad de hecho*”? Desde ya, hay que consignar que no puede ser aplicada la regla del citado artículo 232, toda vez que no se da el supuesto que funda su aplicación, cual es, que se actúe por cuenta de una persona jurídica, pues ésta no habrá existido jamás, como se desprende de lo prescrito en los artículos 356 del Código de Comercio, 6° A de la Ley N° 18.046 y 3° de la Ley N° 3.918, que disponen que en tal caso, esto es, cuando el contrato social no conste en alguno de los instrumentos que tantas veces hemos mencionado, se formará una comunidad. Luego, si en la actuación de la “*sociedad de hecho*”, que en realidad no es más que una comunidad, sus “gerentes”, “directores” o administradores cometen algún delito sancionado en la Ley de Quiebras, éste no les

será imputable, por el hecho no haber actuado en lugar de persona jurídica alguna.

Como puede advertirse, el problema denunciado es de suyo relevante, ya que es factible la comisión de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable sancionados en la Ley N° 18.175 sin que exista sujeto al cual hacer responsable de los mismos, por el mero arbitrio de haberse válido de una “*sociedad de hecho*” –craso olvido del legislador. Más aún, el artículo 232 no resulta aplicable siquiera a los casos en que los “*socios*” –en realidad comuneros– fueren quienes hubieren llevado a cabo los delitos en cuestión, puesto que, como majaderamente hemos apuntado, sin sociedad no hay persona jurídica societaria en lugar de la cual actuar.

Ahora, a juicio nuestro, la no aplicabilidad del artículo 232 no excluye la del artículo 233 de la Ley de Quiebras. Somos de la opinión de que algunas de las hipótesis descritas son susceptibles de solucionarse haciendo una correcta interpretación de ésta última norma, la que contiene una regla de carácter excepcional en nuestro ordenamiento punitivo, que contempla el **actuar en lugar de otro respecto de las personas naturales**²⁴ del siguiente tenor: “*Los factores o representantes del fallido que sea una persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o*

²⁴ Cabe destacar la decisión del legislador español de 1995, que insertó en el nuevo ordenamiento punitivo de su país una regla de aplicación general sobre las *actuaciones en lugar de otro respecto de las personas naturales* del siguiente tenor: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obró”. Texto conforme al Código Penal español de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). La cursiva es nuestra.



mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220.” De modo que, declarada la quiebra de uno o más comuneros, y dándose los demás supuestos de imputación del caso, podrá, o hacerse efectiva la responsabilidad penal del comunero que hubiere ejecutado las conductas punibles – según las reglas generales de autoría contenidas en el Código Penal-, o bien la del factor o representante de la persona natural fallida. Todo ello, por cuanto, aun tratándose de personas naturales, las normas de la mencionada ley les son aplicables, a condición, por cierto, de que desempeñen algunas de las actividades indicadas en el artículo 41 de la Ley N° 18.175. De lo contrario, esto es, si el fallido no ejerce alguna de dichas actividades, sólo puede ser sancionado de conformidad al artículo 466 del Código Penal.

A modo de conclusión.

Más allá de las soluciones esbozadas para el caso de que sea declarada en quiebra una sociedad de hecho, que, como hemos señalado, en realidad es una comunidad, estimamos de suyo necesario abrir un debate en torno a este tema, toda vez que, aun siendo aplicable lo dicho, no es menos cierto que la existencia de la comunidad (“*sociedad de hecho*”) implica dificultar en extremo la aplicación de las normas relativas a la responsabilidad tanto civil como penal. La eficacia de ambas responsabilidades se ve amagada, lo que no puede ser amparado por el ordenamiento jurídico, menos aún teniendo en cuenta el rol fundamental que las sociedades han adquirido en la trama del mundo de los negocios. Es por ello que profesamos la idea de instaurar, tal como lo han hecho los Códigos penales más modernos, *una regla general que contemple las actuaciones en lugar de otro no sólo respecto de las personas jurídicas, sino también de las naturales.*

Es por lo expuesto que nos asiste la convicción de que estas materias han de ser objeto de un estudio interdisciplinario, toda vez que, como ha quedado de manifiesto en estas líneas, sus implicancias trasuntan las fronteras de lo meramente penal, civil o mercantil. Todas estas ramas de nuestra “ciencia”, en un esfuerzo unívoco, deben abordar estos tópicos del emergente y dinámico “derecho de la empresa”, cada día más relevante para el desarrollo de nuestras naciones. Sólo de esta forma seremos capaces de comprender cabalmente las problemáticas que se presentan en el ámbito del quehacer societario y de dar soluciones adecuadas a los requerimientos que impone una recta actuación de estos sujetos derecho, o, mejor dicho, de quienes se valen de ellos para actuar en el tráfico jurídico.