

Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen.

Maria Fernanda Juppet Ewing

Decana

Facultad de Derecho UNIACC

Magíster Derecho de la Empresa

Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad el realizar un breve análisis sobre las nuevas doctrinas, aplicadas especialmente en derecho comparado, que buscan asegurar la responsabilidad de los agentes económicos que se escudan tras la personalidad jurídica de las empresas, tanto para la generación de resultados inequitativos a través del abuso de la limitación de la responsabilidad patrimonial, como mediante su instrumentalización para la realización de actuaciones criminales organizadas.

1. Antecedentes generales.

Durante la última década, se ha generado un movimiento importante de cuestionamiento sobre la utilización de personas jurídicas más allá de los fines para los que fueron creadas por el legislador, por medio de dos mecanismos diversos. En primer lugar, a fin de evadir responsabilidades pecuniarias de las obligaciones asumidas por dichas entidades, y, en segundo lugar, para diluir la responsabilidad de los agentes que forman parte de éstas en injustos de carácter criminal.

Si bien es cierto la creación de las personas jurídicas obedece a la necesidad de la radicación de las consecuencias de ciertos actos jurídicos en una entidad distinta que las personas que la componen, en virtud de la buena fe del mercado, y de los abusos generados por ciertos individuos al alero de esta figura, "las cortes norteamericanas han establecido múltiples circunstancias en las que los socios deben responder por obligaciones que originariamente le correspondían a la sociedad. Los interesantes desarrollos jurisprudenciales sobre la desestimación de la personificación jurídica de la sociedad ("*Piercing the corporate veil*") y la postergación de créditos en

situaciones concursales (*"equitative subordination"* o *"deep rock doctrine"*) son algunas de las principales defensas con las que cuentan los acreedores de una compañía cuando sus administradores o asociados han actuado en fraude de terceros".¹

Además, resulta interesante considerar que por la forma de organización que han adoptado las empresas modernas, en muchas ocasiones resulta imposible que sus directivos se den cuenta de la generación de injustos a través del comportamiento de las entidades, debido a que las respuestas dañosas de la organización tienen su base en decisiones menores, que con el paso de los años la sociología de las organizaciones ha sindicado como respuestas naturales de la entidad para la resolución de problemas, sin un cuestionamiento consciente de los distintos departamentos de la persona jurídica que participan en la generación de dicho resultado injusto. Del razonamiento anterior, resulta razonable el buscar mecanismos a través de la legislación especializada que permitan el asumir la responsabilidad del colectivo organizacional, incluso delimitando nuevos injustos, para la protección de la comunidad y de la parte más débil de la relación contractual en estos casos.

Si bien es cierto que en la historia se han dado de manera espontánea casos en los cuales los empresarios han reconocido un rol más activo en sus comunidades, como Henry Ford, quien, en 1919, indica, a propósito del juicio seguido en su contra por los hermanos Dodge, a raíz de su negativa como controlador de la empresa Ford Motors de repartir dividendos a todos los accionistas de la empresa, priorizando la ampliación de las fábricas, para realizar mayores contrataciones y obstinarse en la mantención del precio de los automóviles en montos accesibles para el público en general,² al decir: "Mi ambición, es seguir generando empleo, distribuir los beneficios de mi sistema industrial al mayor número de personas posible, ayudar a mis trabajadores a construir sus vidas y sus hogares. Y para lograrlo he decidido reinvertir la mayor parte de nuestras utilidades de vuelta en la compañía".³

Si bien es cierto que tal planteamiento no es considerado el usual dentro de las empresas nacionales e internacionales. Y, que por el contrario, la tendencia internacional ha sido la búsqueda de fórmulas para delimitar la responsabilidad de las empresas y, en la medida de lo posible, configurar nuevas y sofisticadas formas de determinación de su responsabilidad. De tal manera, dependiendo del ilícito a considerar, podemos encontrarnos con variadas soluciones entregadas por el derecho para la búsqueda de la aplicación de normas que hagan

¹ Reyes Villamizar, Francisco, *"Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada"*. Tercera edición, editorial Legis, página 173.

² 204. Mitch 459, 170 N.W. 668 (1929).

³ Klein, William; Ramseyes, J. Mark; Bainbridge, Stephen; *"Business Associations: Cases and materials on agency, partnerships, and corporations"*; Foundation Press, página. 276.

efectiva la responsabilidad de los agentes tanto civil como penalmente. En derecho comparado, se ha gestado un movimiento doctrinario importante, tendiente a estructurar la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas, a fin de no limitar su responsabilidad en el caso de generarse resultados injustos a través de su actuar. “Así, por ejemplo, los casos de daños ecológicos causados por la actividad de la sociedad o el pago de ciertos impuestos a su cargo se tratan en las leyes federales como obligaciones que los asociados podrían asumir solidariamente. Así mismo, las diversas teorías sobre extensión de responsabilidad que han sido desarrolladas por las cortes estadounidenses han contribuido a conjurar los abusos relacionados con el manejo interno de las sociedades”.⁴

Con todo, resulta necesario reconocer la dificultad de la construcción de este tipo de doctrinas, lo cual ha justificado en el tiempo el nacimiento del “...conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad postindustrial moderna”.⁵ A través de la aplicación de la teoría de la Responsabilidad Social Corporativa, obligando a las empresas a incorporar medidas de autocuidado respecto de sus trabajadores, y la comunidad en la cual están insertos, como obligaciones razonables impuestas por el entorno en el cual desenvuelven libremente su actividad empresarial.

Desde esta postura que sitúa a la autorregulación como fuente moderna del derecho mercantil, a través de la obligación del cuidado relativo a las consecuencias de sus actos en el entorno en el cual se desenvuelven, la doctrina penal pasa a construir ilícitos más sofisticados y complejos, siguiendo a Gómez-Jara: “La empresa pasa de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema de derechos/deberes”.⁶

En el caso del derecho chileno, podemos encontrar múltiples ejemplos del ejercicio de este tipo de sanciones dispersas a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, mediante la potencialidad de disolución de personas jurídicas por el abuso de las normas de limitación de la responsabilidad de los agentes que las componen, como por ejemplo el artículo 26 letra b) de la Ley 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la cual se indica que una de las medidas que puede imponer el Tribunal será el:

⁴ Reyes Villamizar, Francisco, “*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*”. Tercera edición, Editorial Legis, página 164.

⁵ Gómez-Jara Díez, Carlos; “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, artículos RECPC 08-05 (2006), página 17.

⁶ Gómez-Jara Díez, Carlos; “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, artículos RECPC 08-05 (2006), página 19.

“...ordenar la **modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado** que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior”.⁷

Otra situación en la que el legislador optó por la misma sanción puede ser encontrada en el caso de las acciones temerarias presentadas por Asociaciones de Consumidores, de acuerdo al artículo 9° inciso final de la Ley 19.496, en la cual indica que:

“La infracción grave y reiterada de las normas contenidas en el presente artículo será sancionada con la **cancelación de la personalidad jurídica** de la organización, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles en que incurran quienes las cometan”.

Finalmente, y sólo a modo de ejemplo, es posible indicar lo prescrito por el artículo 559 del Código Civil, en lo referente a las corporaciones, al señalar que:

“Las corporaciones no pueden disolverse por sí mismas, sin la aprobación de la autoridad que legitimó su existencia.

Pero pueden ser disueltas por ella, o por disposición de la ley, a pesar de la voluntad de sus miembros, **si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de su institución”.**

Este tipo de soluciones jurídicas son denominadas en el derecho anglosajón como “la doctrina del ultra vires”, mediante la cual se procede a la cancelación de la personalidad jurídica de una entidad por ser utilizada para un injusto; con todo, es de muy rara aplicación práctica, en virtud de su severidad.

De acuerdo a las nuevas tendencias aplicables a la administración de empresas, a través de incorporación del concepto de Responsabilidad Social Corporativa, se plantea que las empresas deben cumplir con un deber de autocuidado que implica evitar consecuencias perniciosas de sus actuaciones que afecten a terceros, con mayor razón deben ser consideradas responsables por ilícitos e injustos que se realicen en su beneficio.

Es más, dentro de la jurisprudencia norteamericana se han considerado admisibles a tramitación demandas en contra de empresas por incumplimiento de

⁷ DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973. Publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005; <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=940&FMT=115&GUID=>

normas de derecho internacional: "En Unocal, esta compañía fue considerada como soporte de un régimen antidemocrático por haber pagado servicios de seguridad de un gobierno militar para desarrollar en mejor medida sus operaciones petroleras, con el conocimiento de que dichas fuerzas militares probablemente cometerían violaciones a la ley internacional para cumplir con este mandato. 395 F. 3d at 938-42. En Wiwa, los demandantes alegaron que los demandados dirigieron y apoyaron a las fuerzas de seguridad gubernamentales en violación de los derechos de los demandantes proveyendo de soporte logístico, transporte y armas para las fuerzas de seguridad del gobierno a fin de asegurar que las actividades de la corporación pudieran mantenerse dentro de los estándares normales de la misma".⁸

Es así como en el derecho comparado se han generado una serie de doctrinas y teorías para asegurar la responsabilidad empresarial, tanto desde el punto de vista civil, vulnerando la limitación de responsabilidad propia de las personas jurídicas, en caso de fraude o inequidad evidente.

Por otra parte, la doctrina especializada se orienta a seguir la autorresponsabilidad de la empresa, como entidad que se autodetermina y aplica mecanismos de autocontrol. La doctrina española, y recientemente el caso chileno, tras la dictación de la Ley 20.393, de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, sigue la visión de la heterorresponsabilidad, la cual corresponde en palabras de Gómez-Jara a: "una verdadera responsabilidad penal empresarial no fundamentada en la imputación de ciertas actuaciones de personas físicas, sino que en la organización de la propia empresa".⁹ Generando vías de imputación efectivas a través de la aplicación de tipos criminales a la organización misma por hechos de sus agentes.

Al contrario de lo planteado por Mansdörfer, quien defiende que "... todas las prestaciones que se realizan mediante la unión de diversas personas en empresas o grupos estables pueden verse como prestaciones individuales coordinadas por el mecanismo de mercado",¹⁰ esta postura no se condice con la realidad de la empresa actual, en la que se los actos de los individuos se separan del

⁸ Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; "Transnational Business problems"; Foundation Press, fourth edition; página 213 "In Unocal, the alleged aider and abettor corporation was accused of having purchased security services from a military government to further develop its oil operations, with the knowledge that the security forces would likely commit international law violations in fulfilling this mandate. 395 F. 3d at 938-42. In Wiwa, the plaintiffs alleged that the defendants directed and aided government security forces in violating plaintiffs rights by providing logistical support, transportation, and weapons to government security forces to ensure that the corporations business activities could proceed "as usual".

⁹ Gómez-Jara Díez, Carlos; "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, artículos RECPC 08-05 (2006), página 03.

¹⁰ Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 7.

individuo mismo dentro de los procesos corporativos para dar origen a una actuación completamente distinta y nueva, más allá de los niveles superiores de la organización, que en determinado momento pierden el control sobre los actos de sus dependientes dentro de las instrucciones recibidas a través de los procesos de generación de decisiones propios de toda empresa.

Aun cuando la doctrina comparada busca hacer extensiva la aplicación de esta construcción jurídica a injustos con resultados perniciosos en materias de accidentes del trabajo o injustos de carácter medioambiental. En el caso chileno, las situaciones antijurídicas en las que se puede buscar la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentran especialmente enumeradas por la Ley N° 20.393, como analizaremos más adelante en este trabajo.

2. Responsabilidad Civil a través de la doctrina del "Piercing the corporate veil".

Es así, como en el Derecho anglosajón se ha logrado construir una doctrina denominada "*Piercing the corporate veil*", o "la perforación del velo corporativo", para lograr hacer efectiva la responsabilidad civil de ciertos agentes, que han utilizado a entidades o personas jurídicas para evadir sus obligaciones patrimoniales, como un elemento integrante de un injusto corporativo.

Incluso, se ha llegado a proponer por algunos adeptos extremistas a esta doctrina ir más allá de los dueños que han instrumentalizado la existencia de una persona jurídica con la finalidad de aprovechar de manera dolosa la limitación de responsabilidad que ésta otorga, hasta "...una extensión de responsabilidad para alcanzar también a los accionistas de las sociedades de capital, en especial en hipótesis de responsabilidad civil extracontractual".¹¹ Aun cuando en nuestro país nos encontramos lejos de estas hipótesis extremas en materia de responsabilidad extensiva por incumplimientos en materia de derecho corporativo, no es menos cierto que a través de la incorporación de instituciones jurídicas construidas en Derecho Comparado, pudiéramos vernos enfrentados a la discusión de esta temática como una realidad actual dentro de la próxima década.

Con todo, la doctrina y jurisprudencia norteamericanas se encuentran divididas en lo referente al reconocimiento de las potenciales demandas de perjuicios resultantes de la responsabilidad civil extracontractual tras la aceptación por la Corte de la perforación del velo corporativo, responsabilizando a los dueños de una empresa sobre perjuicios sufridos por terceros.¹²

¹¹ Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 164.

¹² Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 164.

Para poder alegar la pertinencia de la aplicación de la perforación del velo corporativo en los estándares de la Corte Suprema de Estados Unidos, resulta necesario cumplir con las dos partes del test de aplicabilidad de esta doctrina. En primer lugar, la unidad de intereses con los dueños de la organización, lo que puede ser probado por la falta de cumplimiento de las formalidades corporativas, como reuniones de directorio o contabilidad separada. Y, en segundo lugar, que las consecuencias de los actos realizados por la compañía impliquen un resultado injusto o inequitativo.

En opinión de Reyes Villamizar, las consecuencias de la aplicación de esta doctrina recaerían especialmente sobre el mercado de valores local, con especiales consecuencias "...como la disminución de la negociabilidad de las acciones de aquellas sociedades que fueren despojadas del referido beneficio. HANSMANN y KRAAKMANN, en contraposición, estiman que tal mercado no se vería afectado de manera alguna en virtud de una legislación adecuada que eliminara la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital bajo ciertas hipótesis".¹³

Pero la aplicación de esta doctrina no implica el desconocimiento de la diferenciación entre la persona jurídica y las personas que la componen, sino que viene a paliar las consecuencias del injusto del aprovechamiento malicioso de dicha separación. "La sociedad, como ente jurídico distinto de los asociados individualmente considerados, no desaparece, ni sus atributos se pierden. El único efecto de la aplicación de esta excepción judicial consiste en la extensión de la responsabilidad para aquellos respecto de quienes el juez lo decida".¹⁴ Es así como la intervención jurisprudencial evita la perpetración del injusto en el tiempo, mediante una interpretación más amplia de las normas de responsabilidad civil extracontractual, extendiendo las obligaciones de un contrato a quien, si bien no ha contratado, ha aprovechado injustamente los beneficios de dicha convención.

Al estudiar la jurisprudencia corporativa norteamericana, encontramos múltiples casos en los cuales, incluso se han revertido decisiones tomadas por el directorio de una corporación, bajo el criterio del daño generado con dicha decisión a terceros, más allá de esta teoría, como por ejemplo *Unocal vs. Mesa*,¹⁵ donde se ha resuelto incorporando criterios éticos a la interpretación jurisdiccional.

Tal es la situación que se dio respecto del intento de toma de control realizado por la empresa "Mesa Petroleum", por la compañía "Unocal", que desencadenó un pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos, estableciendo

¹³ Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 165.

¹⁴ Reyes Villamizar, Francisco, "*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*". Tercera edición, Editorial Legis, página 174

¹⁵ *Unocal corp. vs. Mesa Petroleum Co.*, 493 A. 2d 946 (Del. Supr. 1985), 745, 791.

como requisitos para la legalidad de la implementación de medidas de defensa contra una toma de control hostil, un chequeo de dos puntos. En primer lugar, si la acción realizada por el competidor constituye efectivamente una amenaza a la compra. Y, en segundo lugar, la revisión de la proporcionalidad de la respuesta de la compañía respecto de la amenaza. Como elementos decisivos sobre si la decisión tomada por el directorio debía ser respetada o anulada por la Corte en virtud de los parámetros éticos que fundaron la decisión empresarial.

3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por otra parte, siguiendo la doctrina alemana, en ciertos casos excepcionales nuestra legislación ha aceptado la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en forma limitada a ciertos ilícitos específicos enumerados taxativamente, para ciertos delitos: El artículo 27 de la Ley N° 19.913, que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos¹⁶, el artículo 8° de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad¹⁷, y los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, respecto del delito de estafa, tanto cometido por personas naturales como por personas jurídicas.

Si bien es cierto que la perspectiva moderna exige la autorresponsabilidad de las personas jurídicas, se entiende también que dentro de las actuaciones propias de toda organización, las responsabilidades se diluyen en las actuaciones diarias de las compañías, dando origen a una suerte de irresponsabilidad penal organizada, que para Feijoo se explica a través de las diferencias de la imputación individual versus la colectiva a que da origen el actuar organizado de las personas jurídicas dentro de su quehacer empresarial “como la tradicional imputación individualizada que ha venido protagonizando la imputación jurídico-penal encuentra serias dificultades ante lesiones de bienes jurídicos que tienen su origen en ciertas organizaciones humanas o configuraciones organizativas propias de las empresas modernas con división –horizontal y vertical– y descentralización de funciones y tareas”.¹⁸ En definitiva, al dividirse las tareas, se produce un fenómeno lógico de la racionalización del trabajo, como ha sido

¹⁶ “Artículo 27. Toda referencia hecha en cualquier ley o reglamento a los tipos penales contenidos en los artículos 12 y 22 de la Ley N° 19.366, en lo concerniente a la asociación ilícita para lavar dinero, debe entenderse hecha a las conductas descritas en los artículos 19 y 20 de la presente ley, según corresponda”.

¹⁷ Artículo 8°. El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se le sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal.

¹⁸ Feijoo Sánchez, Bernardo; “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 4.

estudiado por las ciencias económicas y del *management* organizacional. Pero con consecuencias complejas para la aplicación de las doctrinas clásicas de la imputación penal, dado que la división en las acciones genera dos efectos, al menos, que obligan a modificar la interpretación clásica en estos ilícitos.

En primer lugar, no se puede exigir la actuación consciente del dependiente de la organización que actúa dentro de parámetros pre establecidos por procedimientos basados en la racionalización del trabajo.¹⁹

Y, en segundo lugar, lo que es quizás aun más complejo, el buscar un sólo responsable de los resultados injustos resulta cercano a lo imposible, dado que cada unidad participante en el desarrollo de la actividad económica aporta al mismo dentro de la esfera de sus competencias, dadas por la división de funciones de la organización.

Por tanto, en muchas ocasiones, aun cuando el individuo actúe con un deber de cuidado razonable, dentro de su autorresponsabilidad, las consecuencias injustas pudieran realizarse de todas formas, como consecuencia del actuar del colectivo organizacional.²⁰

En la búsqueda de responsables dentro de la organización, la primera mirada se suele dar en forma natural hacia los directivos de la persona jurídica, como responsable de sus decisiones, pero, como ya se ha indicado con anterioridad, la generación de procesos autónomos hace cada vez más difícil el defender esta postura jerarquizada autocrática en la empresa moderna. Hoy resulta relevante el estudiar con detención la amplitud de los mandatos de gerentes de área y dependientes, más que las instrucciones genéricas entregadas por los directivos de una gran corporación, con especial énfasis en el cumplimiento de los protocolos internos de funcionamiento como elemento decisor en materia de competencia y responsabilidad. En palabras de Gómez-Jara: "En consecuencia, resulta totalmente inadecuado concebir a las organizaciones como las administraciones de ejecución de una voluntad del poder central: la memoria del sistema controla todos los impulsos volitivos y trabaja con el mecanismo de la inhibición/desinhibición".²¹

¹⁹ Feijoo Sánchez, Bernardo; "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas"; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 3.

"Dentro de las empresas y personas jurídicas que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, decisiones sobre políticas generales, decisiones sobre hechos concretos, conocimientos sobre riesgos y recopilación de información por parte de las empresas sobre los efectos de su entorno, de tal manera que a partir de cierto grado de complejidad ya no es posible encontrar a una persona dentro del entramado empresarial en que coincidan creación del riesgo y participación del mismo."

²⁰ Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, abril de 2007. página 9.

²¹ Gómez-Jara Díez, Carlos; "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, artículos RECPC 08-05 (2006), página 10.

Por otra parte, no debemos caer en la trampa de buscar a los responsables dentro de los dependientes ubicados jerárquicamente en un nivel inferior²², sino que debemos buscar la sindicación de la responsabilidad del injusto dentro de los miembros de la organización, pero con conciencia de los procesos propios automatizados dentro de la misma.

Lo anterior en caso alguno limita la responsabilidad individual de cada uno de los agentes intervinientes en el caso punible, sino que limita su poder de actuación y decisión. En nuestra opinión, esta limitación se encuentra dada por la amplitud del mandato con el que obra el agente, en la medida de que sea o no suficiente para obligar (en la esfera de sus atribuciones) a la persona jurídica en la cual se desempeña, y, por otra parte, el nivel de información con la que cuenta el agente en análisis. La empresa, al ser un sistema social, está compuesta por comunicaciones, "por un tipo de comunicación específico: es un sistema compuesto por decisiones o más exactamente por la comunicación de decisiones". Por tanto, si es que el agente obró dentro de las actuaciones propias de su cargo, sin información particular respecto del hecho punible y desarrollando sus funciones propias, no debiera ser objeto de responsabilidad en el ilícito corporativo.

Si bien es cierto que en la doctrina penal moderna que atribuye responsabilidad a las personas jurídicas se ha planteado que no es sencillo el identificar a un responsable específico dentro de la organización, debido a que los ilícitos tienden a basarse en premisas de decisión, las cuales operan como respuestas automáticas dentro de la empresa ante ciertos conflictos, y, por tanto: "...no pueden ser imputadas a determinadas decisiones y no están orientadas a preparar o ejecutar determinadas decisiones. Por lo tanto, no se puede marcar como han surgido", en el caso chileno, y más específicamente en la aplicación de la Ley 20.393. Este no es el caso, dado que los ilícitos contenidos en la ley son de aquellos en los cuales el momento del surgimiento del injusto es claramente determinable en el tiempo por las características del mismo.

Debemos reconocer que: "Toda persona que actúa en un grupo domina focos de peligro que son, cada uno por sí mismo, adecuados para causar un resultado típico".²³

En el caso de los agentes indicados como capaces de generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, podrán, dentro de la esfera de las atribuciones que les otorga la ley, y dentro de los términos de su mandato, generar dicha responsabilidad. No resulta factible considerarlas en forma ge-

²² Feijoo Sanchez, Bernardo; "Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas"; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 1.

²³ Mansdörfer, Marco; "Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"; Indret, *Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 14.

nérica, en los términos redactados por el legislador, dado que sus esferas de competencia y ámbitos de aplicación dentro de la organización de la empresa son altamente diversas en cada uno de los casos planteados, es más, el legislador síndica como generadores de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en ciertos casos, a agentes que no cuentan con las facultades de obligar a dicha entidad en respeto de las normas del derecho comercial.

Con todo resulta razonable, en el entendido que la ley en comento busca perseguir la responsabilidad penal de los agentes que indica, y no modificar las normas comerciales aplicables en lo referente a sus funciones. Pero no es menos cierto que en ciertos casos la terminología planteada por nuestro legislador, dista de la felicidad, ya que aplica la norma respecto de agentes que no sólo no cuentan con las facultades de participar en la administración de la empresa, sino que dichas actuaciones están prohibidas por la ley especial.

Es en virtud de lo anterior que resulta necesario revisar en detalle el caso de cada uno de los agentes cuyas actuaciones pueden generar responsabilidad de las personas jurídicas, en los términos del artículo tercero inciso primero de la Ley N° 20.393:

a. Dueños

Debemos entender que todo aquel que es propietario de acciones o de derechos sobre una determinada sociedad es considerado como dueño dentro de dicha entidad. Aun cuando la terminología utilizada por la ley es más bien coloquial que jurídica en este punto, entendiendo que la intención del legislador era la búsqueda de un nexo entre el agente y la persona jurídica, más que una influencia real respecto del agente en la misma. Resulta de suyo necesario precisar que no basta con ostentar propiedad sobre una empresa para poder intervenir en su dirección y administración, habrá que estarse a las facultades de administración y representación definidas en sus estatutos.

Con todo, las características de estos dueños variarán dependiendo del tipo de sociedad y de lo significativo de la propiedad ostentada por el agente.

Es así como en el caso de las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada, y en la empresa individual de responsabilidad limitada, efectivamente el dueño podrá participar de manera activa en la toma de decisiones de la organización. En el caso de las sociedades anónimas, la importancia de los postulados de un determinado accionista en la junta tendrá una relación directa con el monto de las acciones que ostente o represente en dicha oportunidad. Respecto de sociedades por acciones, dependerá del tipo de acciones de que se trate. Y, finalmente, en las sociedades en comandita los socios comanditarios no podrán en caso alguno participar en la administración de las empresas, so pena

de responder en las deudas sociales en los mismos términos que los socios gestores.

b. Controladores

En segundo lugar, la ley se refiere a los accionistas controladores de una sociedad anónima. De acuerdo al artículo 97 de la Ley 18.045, se considerará que es controlador de una sociedad anónima toda persona o grupo de personas que tenga un acuerdo de actuación conjunta, que le permita asegurar los votos en las juntas de accionistas, e influir decisivamente en la administración de la sociedad.²⁴

Pero en este caso la ley indica como agente responsable a quien no ostenta mandato alguno sobre la entidad. Si bien es cierto que el controlador podrá influir de manera fáctica en decisiones de la empresa, a través de los directores que haya elegido para liderarla, no es menos cierto que en nuestro país se ha sancionado a directores que olvidando sus deberes fiduciarios con la organización han antepuesto sus intereses propios y de los controladores a los intereses sociales.

Por tanto, este supuesto, si bien pudiera darse en la realidad, sólo resulta posible tras la transgresión consciente de la normativa relativa a las sociedades anónimas y al mercado de valores.

c. Responsables

Al igual que en el caso de la letra a del artículo en comento, el término “responsable”, en mi opinión, es más bien coloquial que jurídico, dado que la norma no nos da indicios suficientes para determinar si es que estamos frente a responsabilidad contractual o extracontractual, y cuáles serían los elementos necesarios para determinar las características básicas del agente al cual se refiere el legislador.

Con todo, entendiendo el término a través de la administración de empresas, podríamos entender como responsable a aquellos ejecutivos principales que

²⁴ Artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores N° 18.045: “Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador. En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor”.

estén llamados a ejercer deberes de control y vigilancia sobre los restantes miembros de la organización, generando responsabilidad relativa al aseguramiento de dicho deber de supervigilancia.²⁵

En mi opinión, la incorporación del término “responsables” en la nomenclatura de la ley sólo busca el asegurar la incorporación de la conducta dentro de las consideradas típicas en virtud del sujeto que da origen a la misma, más que la consideración real de la terminología jurídica aplicable al caso, dado que todos los agentes que cuentan, de acuerdo a la normativa vigente, con mandato para obligar a la persona jurídica, dentro de la esfera de sus competencias, se encontraban previamente enumerados en el mismo artículo.

Con todo, pudo haber sido el interés del legislador incorporar como potenciales responsables a los auxiliares independientes del comercio a través del vocablo responsable, aunque, me parece que en mayor medida se trata de una tautología para facilitar la aplicación de la norma, sin importar la calidad jurídica del agente generador de la responsabilidad.

d. Ejecutivos principales

Por ejecutivos principales se ha entendido tradicionalmente a directores, gerentes generales y directivos de áreas, entendiendo por tales a quienes gozan de poder de decisión sobre ciertas materias dentro de la esfera de sus competencias.

Tradicionalmente se ha intentado defender la postura de que los directivos no resultan responsables por actos realizados mediante una delegación en sus dependientes, dado que la responsabilidad criminal siempre ha sido considerada como esencialmente personal, pero la responsabilidad de los deberes de los directivos no se extingue por la delegación, sino que muta en los deberes de control, supervisión y vigilancia.²⁶ Lo anterior da origen a la responsabilidad penal por omisión de los directivos en los ilícitos generados por personas jurídicas.

En el caso de los primeros, sus obligaciones en estas materias se tienden a circunscribir por la doctrina al deber de cuidado. De acuerdo a Reyes Villamizar, es posible entender dicha obligación en los siguientes términos: “El director debe poner todo su empeño para lograr que las decisiones administrativas sean adoptadas con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con aquellas”.²⁷

²⁵ Mansdörfer, Marco; “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo”; *Indret*, Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 16.

²⁶ Feijoo Sanchez, Bernardo; “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”; *Ley penal*, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 14.

²⁷ Reyes Villamizar, Francisco, “*Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada*”. Tercera edición, Editorial Legis, página 193.

Resulta importante indicar que la limitación que implica el deber de cuidado para los directores no es absoluta, sino que opera sólo en casos en que "...no medie un acto fraudulento, ilegal o una situación que conduzca a un conflicto de intereses".²⁸ Por tanto, la excepción no será aplicable en los casos planteados por la ley en comento.

El resto de los ejecutivos principales a que hace alusión el artículo se identifican con la noción de factores o gerentes en los términos del Código de Comercio, definidos por el artículo 237 inciso primero diciendo: "Factor es 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" (art 237, inc. 1°).

Siguiendo a Contreras en este punto, el factor puede ser considerado como: "un mandatario con facultades generales de administración".²⁹

Pero aun cuando dichas facultades sean generales, no son en caso alguno ilimitadas, su limitación se encuentra en las características de la función desempeñada y del establecimiento de comercio en el cual ejerce sus funciones, no pudiendo exceder sus decisiones en lo que respecta al giro y costumbre mercantil.

En los términos del artículo 340 del Código de Comercio: "Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere".

Dentro de las formalidades exigidas por el Código de Comercio, se encuentra la escritura pública del mismo, con todo, su ausencia no implica la nulidad del acto con respecto de terceros. "La escritura y la inscripción tienen por objeto permitir que los terceros se enteren de las limitaciones o modificaciones de las facultades de los factores, de modo que si no consta el cumplimiento de esta formalidad de publicidad, siendo el mandato nulo entre mandante y mandatario, no podrán alegarse –sin embargo– las limitaciones en contra de los terceros y el acto celebrado en virtud de este mandato obligará al mandante, si se ha ejecutado dentro de las facultades que la ley les confiere a los mandatarios, aunque en el caso concreto de que se trate no las tenga".³⁰

²⁸ Reyes Villamizar, Francisco, *"Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada"*. Tercera edición, Editorial Legis, página 193.

²⁹ Contreras Strauch, Osvaldo; *"Instituciones de Derecho Comercial"*, Tomo II, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago, Chile, página 181.

³⁰ Contreras Strauch, Osvaldo; *"Instituciones de Derecho Comercial"*, Tomo II, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago, Chile, página 182.

Con todo, las actuaciones realizadas fuera del mandato debidamente inscrito, no obligarán a la sociedad. A menos que nos encontremos frente a las hipótesis de ratificación del artículo 328 del Código de Comercio, en sus numerales 2, 3 y 4.

e. Representantes

De acuerdo a las normas del derecho comercial, serán representantes quienes están habilitados para asumir las actividades de administración dentro de la compañía, lo cual dependerá del tipo de persona jurídica ante la cual nos encontremos enfrentados:

En el caso de la sociedad colectiva, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 385 y 398 del Código de Comercio, y 2071 del Código Civil, podrá recaer sobre todos los socios de común acuerdo o sobre un tercero nombrado de la misma forma por aquellos.

A la sociedad de responsabilidad limitada resultan aplicables las normas de la sociedad colectiva., de acuerdo al artículo 4° de la Ley N° 3.918. En la sociedad en comandita, la administración será realizada por los socios gestores (artículo 470 del Código de Comercio).

En el caso de la sociedad anónima, las labores serán realizadas por los ejecutivos principales, sin olvidar el deber de supervigilancia y cuidado que recae sobre los directores de la misma (arts. 31 y 40 de la Ley 18.046).

Finalmente, la empresa individual de responsabilidad limitada podrá ser representada por su único dueño o por un mandatario designado por éste, en virtud del artículo 9° de la Ley N° 19.857.

f. Quienes realicen actividades de administración y supervisión

De acuerdo a lo antes expresado, deberán realizar funciones de administración y supervisión los ejecutivos principales de la empresa. Es decir, directores y gerentes. Siendo importante recalcar que el factor o gerente, en nuestra legislación, a propósito del antecitado artículo 237, inciso primero, no se limita al gerente general de la compañía, sino que también al gerente de área, que administra según su prudencia por cuenta de su mandante.

g. Dependientes

Finalmente, debemos entender por dependientes, en atención al artículo 237 del Código de Comercio, inciso segundo, a "los empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata".

No tienen más atribuciones que las que el comerciante les entregue dentro de su función de auxilio, y por regla general, salvo norma legal o contrato de mandato en contrario, no obligan al comerciante en caso alguno por sus actuaciones.

El problema se da cuando el ilícito es cometido por la actuación conjunta de una serie de los agentes enumerados en el artículo tercero de la ley en comento. De acuerdo a Feijoo, existen dos problemas que atender en estos casos, no suficientemente diferenciados por la doctrina. En primer lugar, cuando el ámbito en el cual se había cometido el ilícito era dentro de la organización empresarial. Y, en segundo lugar, la determinación de qué personas físicas son competentes para la realización del hecho, infringiendo deberes originados en sus competencias propias.³¹

Por el tipo de hipótesis delictuales consideradas en la ley chilena, es posible argumentar que el acto será cometido dentro de la organización empresarial cuando los efectos del acto se radiquen en el patrimonio de ésta. Para poder solucionar el segundo problema deberemos recurrir a los criterios objetivos de imputación planteados por el mismo autor, al indicar: "...criterios objetivos de imputación: 1) la persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario; 2) la acción de la persona física ha de aparecer en el contexto social como de la persona jurídica; 3) la persona física debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica".³²

Será en virtud de las normas del mandato del Código de Comercio, y leyes comerciales especiales, y de los contratos de trabajo de los actores, que podremos dilucidar si es que el agente actuó dentro de sus competencias propias, obligando a la sociedad. Dado que el contexto social deberá entender como actos de la organización sólo aquellos que incurran dentro del mandato de la entidad, y nada que exceda dicho criterio.

Resulta importante recalcar que "la responsabilidad individual se determina más bien según la función desempeñada en cada caso y según el rol que va unido a tal función".³³ No pudiendo excusarse en el ejercicio de una función aquel agente que exceda sus funciones propias bajo cualquier excusa con la finalidad de acotar su responsabilidad.

³¹ Feijoo Sanchez, Bernardo; *"Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas"*; Ley penal, N40, julio 2007, Editorial La Ley, página 9.

³² Gómez-Jara Díez, Carlos; *"Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"*; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, artículos RECPC 08-05 (2006), página 23.

³³ Mansdörfer, Marco; *"Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"*; *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, abril de 2007, página 18.

En el caso del tercer criterio objetivo de imputación resulta factible que el agente haya obrado fuera de los términos de su mandato, pero dentro de los numerales 2, 3 o 4 del artículo 328 del Código de Comercio, es decir:

Dentro de las tres hipótesis que la ley comercial nos deja para la generación de un vínculo causal entre las actividades ilícitas desarrolladas por los factores y la persona jurídica a la cual representan, en calidad de comitente:

- a) Cuando actúen bajo la instrucción de uno de sus superiores jerárquicos³⁴.
- b) Cuando medie la ratificación del acto por aquel que ostente poder suficiente.³⁵
- c) Cuando exista un provecho para el comitente por la transacción realizada³⁶.
Basada en el aprovechamiento de los efectos del ilícito en el patrimonio de la entidad correspondiente.

Sólo en el caso de existir alguna de las circunstancias anteriores, sería posible el argumentar la relación de causalidad suficiente entre el agente y la persona jurídica involucrada en el ilícito para poder defender la responsabilidad de la persona jurídica involucrada en el ilícito.

Conclusiones

Resulta interesante revisar la existencia de cada vez más planteamientos que amplían los niveles de responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las componen basándose en principios éticos más allá de la legislación aplicable en las fronteras nacionales.

Es un símbolo evidente de desarrollo la reacción de una sociedad frente a la identificación de un resultado injusto de la aplicación de las normas vigentes, especialmente cuando la finalidad a la hora de su dictación distaba de la mala utilización realizada por los agentes económicos con el paso del tiempo.

³⁴ "Art. 328. Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 2° Si hubiere sido celebrado por orden del comitente, aun cuando no esté comprendido en el giro ordinario del establecimiento;";

³⁵ "Art. 328. Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 3° Si el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aun cuando se haya celebrado sin su orden."

³⁶ "Art. 328. Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 4° Si el resultado de la negociación se hubiere convertido en provecho del comitente."

El cese de la instrumentalización de las personas jurídicas como medios de generación de fraudes y enriquecimiento ilícito por parte de personas naturales que sólo buscan el perjuicio de sus acreedores, bajo la aplicación de la perforación del velo corporativo y de la doctrina del "ultra vires".

Con todo, si bien nuestro derecho no ha sido capaz de incorporar con la celeridad necesaria normas relativas a una responsabilidad penal generalizada de las personas jurídicas en caso de injustos de relevancia medioambiental, o accidentes del trabajo imputables a la empresa, sí es una realidad que este primer intento de incorporación de tal responsabilidad en nuestro sistema jurídico, si bien es perfectible, constituye un importante avance en tal sentido.

Bibliografía

Baeza Ovalle, Gonzalo; *"Tratado de Derecho Comercial"*, Tomo III; Editorial Legal Publishing, cuarta edición, 2008, Santiago, Chile.

Contreras Strauch, Osvaldo; *"Instituciones de Derecho Comercial"*, Tomo II, Editorial LexisNexis, segunda edición, Santiago, Chile.

Feijoo Sánchez, Bernardo; *"Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas"*; Ley penal, N° 40, julio 2007, Editorial La Ley.

García Cavero, Percy; *"El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano;"* Ara Editores, Lima, 2003.

Gómez-Jara Díez, Carlos; *"Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas"*; *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, artículos RECPC 08-05 (2006)

Mansdörfer, Marco; *"Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo"*; *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, abril de 2007.

Reyes Villamizar, Francisco, *"Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción comparada"*. Tercera edición, Editorial Legis.

Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *"Transnational Business problems"*; Foundation Press, fourth edition; 2009.

Sentencias

Unocal corp. vs. Mesa Petroleum Co., 493 A. 2d 946 (Del. Supr. 1985), 745, 791.

Dodge vs. Ford Mottor Co. 204. Mitch 459,170 N.W. 668 (1919)