

Reflexiones sobre el delito societario

Reflections on Corporate Crime

María Lourdes Flores Dávila,* Sara Ynés Tello Cabello**

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1447>

* Abogada por la UNMSM, máster en Derecho Penal por la UAP. Egresada del doctorado en Derecho por la UNMSM. Fiscal provincial de la Décimo Séptima Fiscalía Provincial Penal de Lima. Integrante de diversas comisiones del Ministerio Público. Docente universitaria en pregrado en materia penal y conferencista nacional en materia de Derecho Penal y Procesal Penal.
Correo electrónico: aradiaflores@hotmail.com

** Abogada por la UIGV, doctora en Educación por la UAP. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Egresada del doctorado en Derecho por la UNMSM. Diploma por haber cumplido satisfactoriamente con las exigencias del Programa Posdoctoral en Finanzas Corporativas de la USMP 2016. Postdoctora en Producción Científica por la UAP. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UAP. Profesora en la Facultad de Contabilidad y Finanzas de la USMP de los cursos de Derecho Empresarial, Derecho Tributario y Marco Legal de los Negocios.
Correo electrónico: saratello3@hotmail.com; s_tello@doc.uap.edu.pe

Lex





Raúl Cárdenas. *El último refugio III*. 150 x 150 cm.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo mostrar la necesidad de tipificar el delito societario en nuestro ordenamiento jurídico penal, para que se pueda controlar a las empresas y reprimir las conductas ilícitas que atentan contra el orden socioeconómico del país, ya que las conductas lesivas tienen un impacto en la economía, afectando a la comunidad. Mantener tales conductas como un delito contra el patrimonio (por ejemplo, fraude en la administración de personas jurídicas) solamente protege al particular. La investigación permite concluir en un aporte académico con una aproximación al problema planteado.

Palabras clave: *reflexiones, delito societario.*

ABSTRACT

This paper aims to show the need to criminalize corporate crime in our criminal legal system, so that controls can be applied to companies and to repress its illegal conducts undermining the socio-economic order of the country, as harmful conducts affects the economy and the community. Considering such conducts as crime against property (for example fraud on management of legal entities) protects only the individual. This research concludes in an academic contribution with an approach to the appointed problem.

Key words: *Reflections, corporate crime.*

I. INTRODUCCIÓN

Los cambios vertiginosos desde los años noventa, considerados como la última década del siglo XX y del segundo milenio, han originado modificaciones en la tecnología, en la cultura, en la ecología, en la música, entre otros. La caída del muro de Berlín y el derrumbamiento de la Unión Soviética dieron paso al nacimiento de Estados Unidos como primera potencia mundial. Estos cambios en nuestra historia han permitido transformar el accionar de las personas naturales y jurídicas, y no dejar de lado la gran transformación en la actividad empresarial.

Una de las diversas formas de empresa amparadas por nuestra Constitución son las “sociedades” reguladas por nuestra Ley General de Sociedades. Debido a la globalización y al auge que tiene esta actividad, han nacido los llamados ilícitos societarios ocasionando determinadas infracciones en las que tiene participación la persona que la ejerce.

En nuestro Código Penal, se tipifica el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, donde el bien jurídico protegido es el patrimonio de la empresa; sin embargo, resaltamos que también se protege a las personas (integrantes de la empresa) en sus relaciones sociales, lo que lo ubicaría dentro de los denominados delitos económicos y específicamente en el derecho societario.

Por ello se habla de derecho penal societario, regulado en el derecho penal comparado, el mismo que busca sancionar las conductas punibles que agraven el patrimonio de la persona jurídica. Así, la delincuencia empresarial se ve enfocada desde la identificación de los bienes jurídicos protegidos, los criterios de imputación y la propia dogmática penal.

Se trata de una disciplina que cada día tiene mayor atención e importancia por parte de los doctrinarios, juristas y legisladores, en la búsqueda de sancionar las conductas empresariales que tienen connotación criminal, *y que erradamente se consideran como delitos patrimoniales.*

Por ello consideramos muy importante el presente artículo, para demostrar que es importante que el Estado tipifique los “delitos societarios”, a fin de que no sean erróneamente

sancionados como delitos patrimoniales, atendiendo a la mayor lesividad de tales conductas y a la ineficacia de los medios de control social para prevenirlos, y cuando corresponda, sancionar al delincuente.

Por la problemática expuesta, consideramos importante el presente artículo, el mismo que contiene un marco teórico y una aproximación a la solución del problema planteado.

II. DERECHO PENAL SOCIETARIO

Delito societario

Pablo D. Frick refiere que los delitos societarios se caracterizan por la violación a deberes que desarrolla como “buen hombre de negocios”, pues está sometido a crecientes obligaciones y exigencias por parte de la sociedad en razón del poder que detecta.¹

Conforme lo caracteriza Antolisei, “los delitos societarios comprenden los ilícitos cometidos por los sujetos que ejercen funciones de particular importancia en el seno de las sociedades comerciales, en violación de sus deberes o con abuso de los poderes conferidos por la ley”.²

Las autoras consideramos que el delito societario es una rama del derecho común, que se encuentra vinculado al delito contra el patrimonio referido a la actividad económica (genera valor agregado mediante producción de bienes y servicios, por ejemplo agricultura y mercantil, proceso de comercialización). Con su comisión se lesiona el interés material de la colectividad. Nace para suplir las deficiencias que presenta la legislación penal común.

Es un delito pluriofensivo, esto es, el delito societario protege más de un bien jurídico; en este caso tenemos:

- Los intereses patrimoniales de los destinatarios de los actos ilícitos y de la información societaria.
- El orden económico en general.

¹ Pablo Frick, “Deficiencias en la regulación legal de los ilícitos societarios”, <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwis9t7JrPDWAhVB5SYKHf2VCD0QFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.estudioton.com.ar%2Fcongresos%2Fcomision%25202%2Ffrik-ilicitos%2520societarios.doc&usg=AOv-Vaw32l1yVb0xjQ022Erx0jcpX>

² Citado por Florencia Heredi, “Ilícitos societarios. Derecho comparado y situación en la República Argentina”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30, n.º 175 a 180 (1997): 118- 119.

Características de los delitos societarios

Estos delitos presentan características peculiares, de modo tal que “desde la perspectiva penal, la actividad corporativa puede generar la presencia de ilícitos en los que el delito se produzca como consecuencia de la actividad de la persona jurídica, o en los que ella aparezca agravada por actos cometidos por terceros o por actos cometidos al interior de su propia organización”.³

Los delitos societarios se caracterizan por:

- Ser una violación de deberes, o abuso de poderes.
- Lo realizan quienes ejercen determinadas funciones dentro de las sociedades.
- Relacionarse con aquellos deberes y facultades que son privativos de las instituciones societarias.

III. JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA

La creciente importancia de una efectiva protección de delitos que afectan directamente a la economía estatal, y no como se considera actualmente, la ilícita administración de un patrimonio ajeno, que afecta la empresa y, en su caso, a terceras personas, sobre la base de diversos supuestos, como los actos de falsedad de balance, por ejemplo, requiere de un abordaje distinto, justamente por sus particularidades tradicionales.

Ingresamos así al campo del derecho penal económico, pues “consiste una peculiaridad, en el campo del tipo, el hecho de que los intereses, a menudo cambiantes, de la vida económica lleven a un cambio relativamente frecuente de las normas del derecho económico”.⁴

Interesa pues enunciar y justificar los delitos societarios, como un todo coherente en el marco de la ciencia del derecho, en razón de que “la fundamentación de los enunciados dogmáticos remite, al final, a argumentos de tipo práctico general”.⁵

IV. JUSTIFICACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Considerar los delitos de administración desleal del patrimonio ajeno como delitos societarios se explica por lo siguiente:

- Estamos ante una técnica de actuación criminal que utiliza la estructura de la sociedad, generando un riesgo para el orden económico colectivo.

³ Silfredo Hugo Vizcardo, *Delitos contra el patrimonio* (México: Editora Pro Derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 248.

⁴ Klaus Tiedemann, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* (Lima: Grijley, 2007), 30.

⁵ Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, *La argumentación en el derecho* (Lima: Palestra Editores, 2015), 214.

- Advertir que castigar los delitos societarios debe ser tanto como castigar las conductas que impiden u obstaculizan gravemente el cumplimiento de la función que a las sociedades se les asigna.
- Este conjunto de normas están dirigidas a proteger jurídico-penalmente a la persona jurídica. La tutela de la veracidad de la información constituye el núcleo capital del derecho penal societario.
- La correcta comprensión de su naturaleza requiere partir del dato de la potencial lesividad de las informaciones incorrectas.
- Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, ya se advierte la actuación de la empresa como entidad funcional autónoma distinta de los miembros que la integran.
- Esto es así porque los delitos patrimoniales históricamente han tenido un mayor tratamiento en el derecho penal peruano.
- Se diferencian de los delitos patrimoniales pues busca el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles.
- Se protege el patrimonio de los accionistas de las empresas y por tanto el orden socioeconómico.
- Ya no estamos antes una entidad que genere riqueza, sino que es una organización dañina, y por ello requiere control y sanción.
- El derecho societario brinda las herramientas necesarias para aplicar de modo adecuado la legislación y la doctrina referentes a las formas asociativas en nuestro país.

V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD⁶

Este principio exige que el hecho punible sea consecuencia de la verificación de los presupuestos de punibilidad.

La ley penal describe en abstracto una conducta punible y amenaza con una sanción.

La reacción del Estado es investigar, juzgar y castigar al estar acreditado el hecho. Comprende establecer una responsabilidad penal a la persona jurídica. De ahí que se desprende la noción de que “el principio de legalidad no es solo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino

⁶ En la Constitución Política del Perú, el principio de legalidad está expresamente normado en el literal d), inc. 24 del art. 2°, concordado con el párrafo a) del inc.24 del artículo en referencia, y el numeral 3 del art. 139°, los cuales dan plena seguridad jurídica al ciudadano.

además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.⁷

Como se ha indicado, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas tiene las características de un delito societario. Delito especial que define las características del sujeto activo así como los actos a realizar.

La persona jurídica, a través de sus integrantes, realiza diversas actividades, especialmente en el ámbito empresarial, siendo que en su cotidiano quehacer se pueden vulnerar bienes jurídicos protegidos por la ley, en base al principio de legalidad. Para el caso en análisis, el legislador señala taxativamente las conductas punibles, y son aquellas que en esencia vulneran la Ley General de Sociedades y normas conexas.

VI. LA PERSONA JURÍDICA Y SU RESPONSABILIDAD PENAL

Nuestro ordenamiento penal, cuando aborda la autoría y participación regula, en el artículo 27, la actuación en nombre de otro, estableciendo: “El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada”.

Sabemos que la sociedad, como persona jurídica, no tiene decisión propia, sino que se expresa a través de sus integrantes, de sus órganos de representación, y en todo caso, del libre actuar de aquellos. “Es decir, podemos afirmar que las estructuras jurídicas tienen la voluntad que emerge de sus órganos, que si bien no son otra cosa que hombres y mujeres de carne y hueso, que piensan y deciden, lo hacen en el marco de ciertas normas que le otorgan a esa actividad un alcance totalmente distinto de aquel que realizan cuando actúan a título personal”.⁸

Por tanto, hay que distinguir claramente entre la responsabilidad de la sociedad, como ente ideal en sí mismo, y la de los imputados que aprovechan del poder otorgado con el cargo conferido; asimismo, las sanciones a cada uno, persona jurídica y persona natural; las consecuencias accesorias que a la sociedad le alcanzan, según regulación del Código Penal, en el artículo 105, relativo a las medidas aplicables a las personas jurídicas: 1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años. 2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o

⁷ Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general* (Barcelona, 1996), 76.

⁸ Francisco Junyent Blas, “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30, n.º 175 a 180 (1997): 153.

comité. 3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años. 4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Es importante acotar que si bien las personas jurídicas pueden ser sancionadas por razones de política criminal, también “puede sufrir la consecuencia del ilícito en su mismo ámbito interior, cuando es agraviada por sus propios órganos legitimados de gestión o control, como en los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas”.⁹

Bien jurídico protegido

Tratándose de agravios de personas jurídicas, el bien jurídico lo constituye el patrimonio social, que repercute en el patrimonio individual de la persona natural. Patrimonio social al cual se refiere la Ley General de Sociedades.

Hay que acotar que también hay un conjunto patrimonial de aquellas terceras personas que estén vinculadas con la conducta punitiva de los criminales.

Tipo objetivo

Cuando hablamos del tipo objetivo del injusto, aludimos a la acción material que está compuesta por las diferentes formas delictivas que tipifican el delito de fraude en la administración de personas jurídicas.

La acción delictiva se ejecuta sobre bienes muebles, inmuebles o valores.

Se tipifican diversas modalidades delictivas definidas expresa y claramente. Empero, estamos ante “un conjunto de conductas específicas que, desde la óptica del legislador, afectan la correcta administración de las sociedades”.¹⁰

En la legislación nacional se tipifica el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, pero teniendo como bien jurídico protegido el patrimonio, sin embargo, consideramos que las conductas lesivas a las sociedades tienen una naturaleza característica propia, en razón de la importante participación de aquellas en la economía del país. Esta es la razón de que aparezcan en el delito societario en la protección jurídico-penal de la persona jurídica.

⁹ Silfredo Hugo Vizcardo, *Delitos contra el patrimonio...*, 251.

¹⁰ Ramiro Salinas Siccha, *Derecho penal. Parte especial* (Lima: Grijley, 2008), 1083.

Delito de fraude en la administración de personas jurídicas

- Estamos ante uno de los tipos penales que ampliamente quiere proteger el patrimonio de la empresa, encontrándose dentro de los delitos contra el patrimonio, del Código Penal vigente.
- Con este tipo penal se desea proteger jurídico-penalmente a la persona jurídica, la misma que está integrada por el conjunto de cosas u entidades de valor económico y respecto de los cuales se da una determinada relación jurídica
- Se quiere proteger a cada una de las personas en sus relaciones dentro de la empresa y sociedad, motivo por el cual algunos doctrinarios del derecho penal los ubican dentro de los delitos societarios.
- Es opinión mayoritaria en la doctrina penal que el bien jurídico protegido penalmente en el artículo 198 del Código Penal es el patrimonio social y el orden socioeconómico. Si bien es cierto estamos ante un delito patrimonial que afecta el patrimonio individual, también lo es que afecta igualmente al patrimonio social, ya que además se está vulnerando el deber de lealtad en el ámbito mercantil.

Artículo 198° del Código Penal

Administración fraudulenta. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1) Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

Se usa cualquier engaño que suponga alguna variación en las partidas contables.

El balance es la anunciación del activo y del pasivo, y el resultado de su confrontación.

El balance indica el estado del activo y del pasivo de la persona jurídica, que permite por comparación con balances de períodos anteriores, seguir la marcha de los negocios o apreciar que existen ganancias o pérdidas.

Estamos ante irregularidades contables que están penadas; por tanto, “lo que se trata, es de impedir que se defraude la confianza pública, que se garantice que los principios a partir de los cuales se acredita la salud financiera de una empresa sean veraces y que los mecanis-

mos regulatorios no colapsen frente a la corrupción y otros mecanismos ilícitos, todo lo cual constituye un gran reto para los mercados de captación del ahorro público y para las propias empresas que participan en ellos”.¹¹

2) Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.

Va dirigida a no reflejar la verdadera situación de la persona jurídica.

El medio de que se vale el sujeto activo es emitir datos falsos.

La ley prevé diversas formas de asegurar a los accionistas y socios la debida información del balance y la supervisión del mismo.

3) Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.

El comportamiento consiste en cualquier acción u omisión que realice el sujeto activo, tendiente a falsear la verdadera cotización de acciones, títulos o participaciones.

El medio del cual se vale el sujeto activo es el engaño.

Significa un abuso de facultades de administración para perjudicar a terceros el comportamiento consiste en aceptar —acceder, admitir— acciones o títulos de la persona jurídica, como garantía de un crédito.

4) Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.

La acción típica consiste en aceptar las acciones o los títulos de la misma persona jurídica como garantía de algún crédito, cuando está expresamente prohibido por ley y por los estatutos.

En determinado momento, la persona jurídica se vería obligada a rematar sus propias acciones en caso de incumplimiento, perjudicándose ella y los terceros interesados.

5) Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.

El comportamiento consiste en fraguar, maquinar o tramar balances, esto es, el sujeto activo realiza determinados actos para alterar los balances, que acabarán siendo falsos, con la finalidad de distribuir utilidades reflejadas en los balances adulterados.

¹¹ Oswaldo Hundskopf Exebio, “Implicancias de los estados financieros fraudulentos de sociedades anónimas bajo la óptica del derecho societario y del derecho penal”, en *Gaceta Jurídica*, tomo 167 (Lima: Actualidad Jurídica, 2007), 244.

El agente tiene que mejorar el activo social, con el fin de hacer aparecer cantidades inexistentes o simuladas, sobrevalorando los elementos contenidos en el activo, mejorando los títulos en cartera, disminuyendo u omitiendo las cargas del activo.

Es un delito de infracción de un deber.

6) Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.

El comportamiento consiste en omitir comunicar a estos mismos órganos, que tiene negocios afines con los de la persona jurídica.

La intención del agente es causar un perjuicio a la persona jurídica.

7) Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.

El comportamiento consiste en asumir préstamos para la persona jurídica. Se considera que la actuación del sujeto activo tiende a causar un perjuicio a la persona jurídica.

Asumir préstamos para la persona jurídica no está prohibido, siempre que se realicen por los cauces normales y la publicidad necesaria que señala la ley y los estatutos respectivos.

Cuando se asumen préstamos para la persona jurídica sin haber seguido los principios de veracidad y publicidad que la ley o los estatutos señalan, el agente realiza préstamos sin poner en conocimiento a los órganos competentes de la persona jurídica, con el ánimo de causarle perjuicio a la misma.

8) Usar, en provecho propio o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.

Consiste en el uso del patrimonio de la persona jurídica con el objetivo de beneficiarse personalmente.

Pueden ser los préstamos de bienes, dinerarios o no, que se hagan los administradores o presten a terceros, sin que se tenga el permiso necesario de la junta general, la asamblea de socios o el órgano correspondiente.

Asimismo, se configura con el simple uso de los bienes.

“Artículo 198-A.- Informes de auditoría distorsionados. Será reprimido con la pena señalada en el artículo anterior el auditor interno o externo que a sabiendas de la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de la persona jurídica no las revele en su informe o dictamen.”¹²

¹² Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 29307, publicada el 31 diciembre 2008.

Tipo subjetivo

El delito de fraude en la administración de personas jurídicas exige la presencia de dolo; no es necesaria la presencia de ningún especial elemento subjetivo.

Expresa Klaus Tiedemann que en la realidad de nuestros días, la mayor parte de los delitos de los negocios o delitos económicos son cometidos con ayuda de una empresa, y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones de la vida económica: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación, etc. La participación de personas jurídicas y de otras empresas no es, entonces, la excepción sino la regla.¹³

VII. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Es posible la autoría y participación atendiendo a la condición diferencia del sujeto activo, que alude al que ejerce funciones de administración o representación de la persona jurídica.

VIII. EL CONTRATO DE SOCIEDAD POR ACCIONES Y SU RESPONSABILIDAD

Estimamos que no hay mejor manera de introducirnos en este tema que citando al tratadista español Joaquín Garrigues, quien considera el fenómeno asociativo como una de las principales características de nuestro tiempo. En su obra, el referido jurista destaca, por un lado, la tendencia de las personas naturales hacia la agrupación y constitución de personas jurídicas que persiguen fines culturales, políticos, deportivos, religiosos y de toda índole, y por otro, aquellas concentraciones que tienen propósitos netamente económicos, tales como las sociedades mercantiles.¹⁴

En ese sentido, las personas jurídicas juegan un rol muy importante en la actividad empresarial, tomando como punto de partida el contrato de sociedad y reflejando el pacto social. Haciendo un breve recuento encontramos lo siguiente:

a. Contenido del contrato de sociedad

Escritura de constitución y estatuto. Nuestra Ley General de Sociedades establece en su artículo primero refiere lo siguiente: “Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio común de actividades económicas”.¹⁵ Nuestra Ley General de Sociedades no señala taxativamente que la sociedad se constituya mediante contrato expreso, como lo hacía nuestra recordada Ley General de Sociedades Mercantiles¹⁶ en su artículo

¹³ Klaus Tiedemann, *Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas* (Lima: Grijley, 2007), 92.

¹⁴ Citado por Oswaldo Hundskopf Exebio, *Manual de derecho societario* (Trujillo: Grijley, 2009), 21.

¹⁵ Artículo 1° de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 del 09 de diciembre de 1997.

¹⁶ Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley N° 16123 de 1996.

primero al señalar que la sociedad se constituye mediante “contrato de sociedad”. Situación adversa que se contempla en el derecho comparado.

En Bogotá, la sociedad por acciones se constituye, como cualquier otro tipo de sociedad (art. 2247), por contrato. La formación del contrato de sociedad por acciones, si bien es necesaria, sin embargo, no es suficiente, como sí es suficiente en la sociedad de personas para darle vida a la sociedad, ya que también es necesario la inscripción en el registro de la empresa.¹⁷

Contenido. Según prescribe nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 5, “La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el Estatuto”, el contenido esencial del contrato de sociedad por acciones: Las generales de ley de los socios, su domicilio, el número de acciones que suscribe cada socio; la denominación de la sociedad, y sus posibles sucursales; su domicilio, su objeto social, su capital, su patrimonio, sus acciones, sus aportes, prestaciones accesorias, utilidades, repartición de las utilidades, administradores, la duración de la sociedad, el valor de los gastos para la constitución, entre otros.

Consideramos que el capital es importante para el desarrollo de la actividad económica, por ello el aporte cumple una función primordial, el cual debe cautelarse en su administración a fin de llevar con éxito la vida social.

Sobre los bienes que pueden ser materia de aporte a una sociedad, el autor español Manuel de la Cámara señala: “... Lo que verdaderamente importa es que la sociedad cuente con recursos suficientes y apropiados para el cumplimiento del objeto social, lo que en definitiva, también repercutirá en garantía para los acreedores, porque en la medida en que la sociedad cuente con los medios suficientes para desarrollar su actividad es más probable que pueda hacer frente normalmente a sus obligaciones. En consecuencia, se considera susceptible de aportación todo activo económicamente apto para el cumplimiento del fin social”.¹⁸ Debemos precisar que el éxito de toda sociedad depende de “cautelar el aporte” que posteriormente se convierte en el capital y garantía para el desarrollo de la sociedad.

Es por eso que nuestro capital social es muy importante para el desarrollo de la actividad comercial, y ese capital debe ser celosamente cautelado por los órganos de la administración de la sociedad, haciéndose responsables de su cautela, fortalecimiento y crecimiento. En nuestro país la responsabilidad de los órganos de administración se ha visto desprotegida, ocasionado inseguridad jurídica en los grupos empresariales. En el derecho comparado no solo existe una protección jurídica del patrimonio social desde el punto de vista civil, sino que también se han regulado los ilícitos societarios, dándoles una mayor seguridad jurídica a los grupos empresariales.

¹⁷ Francesco Galgano, *Derecho comercial*, tomo 2 (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999), 243.

¹⁸ Citado por Enrique Elías Laroza, *Ley General de Sociedades comentada* (Trujillo: Editora Normas Legales, 1998), 64.

b. Acciones de responsabilidad de los administradores societarios

En Buenos Aires, el estudio de las acciones de responsabilidad societaria y concursal de los administradores societarios constituye uno de los capítulos más importante tanto de la ley 19.550 como de la ley 24.522. Halperin recuerda que en los Estados Unidos, como expresión de la hostilidad a su ejercicio por los abusos a que se prestó, la Ley de Nueva York de 1944 exigía garantías por las costas eventuales, y como regla la acción se desempeñaba salvo daño personal y negativa de la sociedad para hacerla efectiva; y actualmente se niega para el supuesto de responsabilidad por actos en la gestión, agregando que la acción *uti singuli* constituye una creación de las cortes *in equity* para el accionista que no participó en la votación, ni ratificó el acto.¹⁹

En nuestra Ley General de Sociedades, las acciones representan partes alícuotas del capital, y todas tienen el mismo valor nominal; consecuentemente, dan derecho a un voto. Ello refleja que en la sociedad anónima, cada acción es una parte alícuota del capital.

Acciones: El capital social de la sociedad anónima está dividido en un número predeterminado de partes iguales denominado “acciones”. Consecuentemente, cada acción es una porción alícuota del capital, y en razón de ello tiene un valor aritméticamente correspondiente a una fracción de este, por lo que todas han de ser de igual monto.²⁰ Nuestra Ley General de Sociedades establece que pueden existir “diversas clases de acciones”, la diferencia está en los derechos que le corresponden a cada uno de sus titulares o en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez.

En del derecho comparado se establece que en las *clases de acciones*, los criterios de distinción de la acción social y la acción individual de responsabilidad societaria han dividido a la doctrina extranjera y nacional. El primer criterio de distinción son los daños producidos que cuando afectan a la sociedad legitiman a esta y sus representantes para ejercer la acción de responsabilidad, y cuando inciden en el patrimonio personal de socios, accionistas o terceros, hacen nacer la llamada acción individual. Esta primera distinción en función a la proyección de daño o perjuicio constituye un aspecto de difícil delimitación por la vinculación económica entre el patrimonio del accionista con la pérdida consiguiente, desatando uno de los aspectos más polémicos de una temática.²¹

Agrega el mencionado tratadista que los elementos fundamentales a tener en cuenta para poder discernir cuándo se está ejerciendo la acción social y cuándo la acción individual, son fundamentalmente dos, a saber: la causa de la acción y el objeto de dicha acción. La causa de

¹⁹ Francisco Junyent Blas, “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”..., 157.

²⁰ Farina citado por Ernesto Eduardo Martorrell, *Sociedades anónimas* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988), 124.

²¹ Francisco Junyent Blas, “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”..., 159.

la acción tiende a discernir la naturaleza del derecho violado; como dice Sassot, la acción será social cuando la falta cometida por el administrador sea contractual o de gestión, pues en estos casos se daña o perjudica a la sociedad. En tanto será individual cuando el hecho violatorio del derecho implique un delito o cuasidelito, pues en estos casos no hay aprobación factible y esa conducta puede repercutir tanto en el ámbito social como en el personal de cada socio.²²

c. Órganos de la sociedad

Nuestra Ley General de Sociedades regula a los administradores de la sociedad a cargo del directorio y la gerencia, dependiendo de su forma societaria. Estos son responsables ante la sociedad, los accionistas y terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos u actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

En el derecho comparado, la estructura de la sociedad para su funcionamiento (gobierno, administración y control) a través de órganos es el resultado final de la evolución o renovación doctrinal, que halla su fuente en la noción del contrato plurilateral de organización, que estructura el funcionamiento de la sociedad.²³

Los distintos órganos tienen la competencia exclusiva que la ley atribuye a cada uno de ellos sin poder inmiscuirse uno en la esfera de actuación del otro, sin que ello signifique que la ley estableció compartimentos estancos entre las materias adjudicadas a la respectiva competencia. Así, a la asamblea que tiene a su cargo el gobierno de la sociedad, a su vez se le reconocen atribuciones que son administrativas; el directorio tiene o puede tener atribuciones que son de gobierno; la sindicatura, atribuciones de gobierno y administración.²⁴

Nuestro país no ha sido ajeno a la responsabilidad de los administradores de la sociedad; sin embargo, su tipificación no ha sido acertada, dando desconfianza en la seguridad jurídica, como desarrollo económico empresarial.

Nuestra Ley General de Sociedades le ha dado la *responsabilidad a los directores*, en su artículo 171. Para el ilustre maestro Hundskopf Exebio, los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante legal, lo cual constituye una especie de patrón de conducta o regla de lealtad con la sociedad, debiendo comportarse permanentemente en función del interés social y no en función del interés personal, debiendo guardar reserva de los negocios de la sociedad y de la información social a la que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones.²⁵

²² Francisco Junyent Blas, "Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios"..., 160.

²³ Isaac Halperín, *Sociedades anónimas. Examen crítico de la Ley 19.550* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978), 177.

²⁴ Isaac Halperín, *Sociedades anónimas. Examen crítico de la Ley 19.550...*, 178.

²⁵ Oswaldo Hundskopf Exebio, *Manual de derecho societario...*, 168.

Agrega, el ilustre maestro, que es importante señalar que si el director desea salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo de directorio, debe pedir que conste en el acta su oposición, y si ella no se consignara, tiene derecho a exigir que se adicionen al acta sus observaciones, las que se deben presentar por escrito dentro de los veinte días siguientes de realizada la sesión.²⁶ Situación adversa que en la mayoría de las sociedades no se consigna.

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que esta disponga algo distinto para casos particulares. Así mismo, el directorio no es responsable si habiendo tomado conocimiento de él, hubiese manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en el acta o haya hecho constar su desacuerdo con carta notarial. Finalmente, los directores son solidariamente responsables con los directores que les hayan precedido por las irregularidades que estos hayan cometido si, conociéndolas, no las denunciaron por escrito a la junta general.²⁷ En nuestro país, dicha responsabilidad es letra muerta, ya que muchas veces la responsabilidad del directorio no se demanda por el desconocimiento de la misma.

Con relación a la temática de las mayorías y minorías y a los artículos 11, 12, 171, 172 y 177 de la Ley General de Sociedades, habría que tener en consideración que el doctor Fernando de Trazegnies Granda, profesor de Filosofía de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, escribió un interesante artículo al que tituló “Rescatando el capitalismo”, en el cual se preguntaba si la reacción de las minorías no significaría acaso un atentado contra el principio democrático que rige a la sociedad anónima. ¿Acaso lo democrático no es que las mayorías manden en todo? No, señor, respondió: lo democrático consiste en que las mayorías manden en lo que pueden mandar, pero es esencial para que exista una democracia el hecho de que haya un campo en el que las mayorías no puedan mandar. En la sociedad política, como en la sociedad anónima, la noción de democracia exige precisamente el respeto de las minorías: la mayoría de un país no puede decidir que entregará su territorio a otro Estado o que esclavizará a toda su población en favor del Estado vecino, porque ello sería un acto intolerable de suicidio nacional.²⁸

El ilustre tratadista Rodrigo Uria establece que *la acción social de responsabilidad* contra los administradores tiene carácter de acción social, en cuanto está dirigida a la protección y defensa del patrimonio o de los intereses sociales en general, mediante el resarcimiento del daño sufrido. Por eso se atribuye en primer término a la sociedad, subsidiariamente a los accionistas, como titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social, y en

²⁶ Oswaldo Hundskopf Exebio, *Manual de derecho societario...*, 168.

²⁷ Oswaldo Hundskopf Exebio, *Manual de derecho societario...*, 169.

²⁸ Ricardo Beaumont Callirgos, *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades. Análisis artículo por artículo*, primera edición (Miraflores: Gaceta Jurídica Editores, 1998), 380.

último extremo a los acreedores sociales, al contar con el patrimonio social como garantía de sus créditos, sin perjuicio de la disminución de aquel. La sociedad podrá entablar en cualquier momento la acción de responsabilidad contra sus administradores “previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado, aunque no conste en el orden del día”. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista en el artículo 93 para la adopción de ese acuerdo, pero la junta general “podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ellos socios que no representen el cinco por ciento del capital social”. La minoría dispone así de un derecho de veto a la renuncia de la acción o a la transacción después que haya sido iniciado el proceso. En cualquier caso, “el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.”²⁹ Ello refleja que en el derecho comparado se encuentra mejor tipificada la responsabilidad del administrador de la sociedad.

Incluso su responsabilidad en el derecho comparado va más allá de una responsabilidad solidaria e ilimitada, siendo en algunos casos la responsabilidad individual. *La acción individual de responsabilidad* es la acción de indemnización que corresponde “a los socios y los terceros por actos de los administradores que lesionan directamente los intereses de aquellos” (artículo 135). En tal supuesto, el perjuicio reclama individualmente la indemnización del daño sufrido directamente en su patrimonio. Ha de tratarse de responsabilidad personal del administrador frente a los accionistas o frente a terceros, y no de responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órgano social en nombre de ella.³⁰

La responsabilidad de la gestión social no solo ha sido regulada por la Ley General de Sociedades, sino también por el Código Tributario, el mismo que prescribe en su artículo 89° lo siguiente:

Artículo 89°.- Cumplimiento de las obligaciones Tributarias de las personas Jurídicas: “En el caso de personas jurídicas, las obligaciones tributarias deberán ser cumplidas por sus representantes legales”.

Un elemento de la obligación tributaria es el sujeto pasivo de esta, y se le definió como la persona obligada al cumplimiento de la obligación tributaria; hablábamos sin duda del deudor tributario. Así mismo, recordando lo regulado al respecto por el Código Tributario (partiendo de que el artículo 7 del Código Tributario establece que el deudor tributario “es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable”), sosteníamos que nuestra normativa considera como deudores tributarios a personas naturales, jurídicas, sucesiones indivisas, sociedades conyugales, entes colectivos y otros.

²⁹ Rodrigo Uria, *Derecho mercantil*, vigésima primera edición (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1994), 349.

³⁰ Rodrigo Uria, *Derecho mercantil...*, 350.

Puede ser deudor tributario cualquier sujeto con capacidad tributaria (véase el artículo 21 del Código) que está obligado legalmente a cumplir la prestación tributaria; en líneas arriba, concluimos que además de los deudores por deuda propia, también llamados sujetos pasivos principales (contribuyentes), se considera como deudores tributarios a los deudores por deuda ajena o sujetos pasivos por adeudo ajeno (responsables).³¹

De lo expuesto se refleja la vital importancia del representante de la persona jurídica de cumplir con sus obligaciones tributarias, en su calidad de contribuyente o responsable. Y de no cumplir con las mismas, está sujeto a una sanción administrativa, sin perjuicio de su responsabilidad penal.

En la Ley del Impuesto a la Renta se prescribe literalmente lo siguiente:

De los Responsables y de las retenciones del Impuesto: Artículo 67°. Están obligados a pagar el impuesto con los recursos que administren o dispongan y a cumplir con las demás obligaciones que, de acuerdo con las disposiciones de esta ley corresponden a los contribuyentes, las personas que a continuación se enumeran:

e). Los Directores, Gerentes, y administradores de personas jurídicas.

En igual comentario, el artículo 67 de la Ley del Impuesto a la Renta les otorga a los directores, gerentes y administradores de personas jurídicas la responsabilidad sobre el pago de los impuestos con los recursos que administren.

IX. REFLEXIONES FINALES

1. La doctrina del derecho penal societario está en plena elaboración y su mismo nombre aún está en discusión.
2. Es necesaria la presencia de esta figura en nuestro ordenamiento penal, para poder controlar a las empresas y reprimir las conductas ilícitas que finalmente atentan contra el orden socioeconómico del país.
3. Resaltar que nuestro ordenamiento penal regula figuras vinculadas a la criminalidad empresarial, como el fraude societario, las estafas contractuales, los delitos financieros, el lavado de activos, los delitos ambientales, los delitos tributarios, entre otros.
4. Sancionar conductas ilícitas bajo la tipificación de delitos societarios implica sancionar aquellos actos que impiden u obstaculizan cumplir con la función que la Ley General de Sociedades les asigna a las sociedades en el ámbito empresarial.

³¹ Rosendo Huamaní Cueva, *Código Tributario comentado*, parte 1, Texto Único ordenado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF (Lima: Juristas Editores, 2015), 1015.

5. En el derecho comparado no solo existe una protección jurídica del patrimonio social desde el punto de vista civil, sino que también se han regulado los ilícitos societarios, dándoles una mayor seguridad jurídica a los grupos empresariales.
6. Es así que el mundo empresarial peruano ve su protección en el derecho societario y derecho tributario; sin embargo, nos hemos desprotegido de los ilícitos penales, ya que su deficiente tipificación causa inseguridad en el mundo empresarial.

REFERENCIAS

- Beaumont Callirgos, Ricardo. *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades. Análisis artículo por artículo*. Primera edición. Miraflores: Gaceta Jurídica Editores, 1998.
- Elías Laroza, Enrique. *Ley General de Sociedades comentada*. Trujillo: Editora Normas Legales, 1998.
- Frick, Pablo. “Deficiencias en la regulación legal de los ilícitos societarios”. <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwis9t-7JrPDWAhVB5SYKHf2VCD0QFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.estudioton.com.ar%2Fcongresos%2Fcomision%25202%2Ffrik-ilicitos%2520societarios.doc&usg=AOvVaw32l1yVb0xjQ022Erx0jcpX>
- Galgano, Francesco. *Derecho comercial*. Tomo 2. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.
- Gascón Abellán, Marina; Alfonso J. García Figueroa. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra Editores, 2015.
- Halperín, Isaac. *Sociedades anónimas. Examen crítico de la Ley 19.550*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.
- Heredi, Florencia. “Ilícitos societarios. Derecho comparado y situación en la República Argentina”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30, n.º 175 a 180 (1997).
- Huamaní Cueva, Rosendo. *Código Tributario comentado*. Parte 1. Texto Único ordenado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF. Lima: Juristas Editores, 2015.
- Hugo Vizcardo, Silfredo. *Delitos contra el patrimonio*. México: Editora Pro Derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo. *Manual de derecho societario*. Trujillo: Grijley, 2009.

- Hundskopf Exebio, Oswaldo. “Implicancias de los estados financieros fraudulentos de sociedades anónimas bajo la óptica del derecho societario y del derecho penal”. En *Gaceta Jurídica*. Tomo 167, 243-255. Lima: Actualidad Jurídica, 2007.
- Junyent Blas, Francisco. “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30, n.º 175 a 180 (1997).
- Martorrell, Ernesto Eduardo. *Sociedades anónimas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona, 1996.
- Salinas Siccha, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Lima: Grijley, 2008.
- Klaus Tiedemann. *Nuevas tendencias en la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Lima: Grijley, 2007.
- Tiedemann, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Grijley, 2007.
- Uria, Rodrigo. *Derecho mercantil*. Vigésima primera edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1994.

Recibido: 28/09/2017
Aprobado: 18/11/2017



Raúl Cárdenas. *Guardianes de la quebrada*. 150 x 150 cm.