

La autocartera encubierta de acciones de sociedades anónimas como una modalidad del delito de administración fraudulenta

Oswaldo Hunskopf Exebio

1. Introducción

La identificación con el derecho societario, y la continua y permanente relación profesional y académica con sus temas e instituciones, nos han llevado a confirmar, muy a nuestro pesar, que dentro de la estructura orgánica de las sociedades anónimas —persona jurídica por excelencia y la más utilizada en nuestro país para llevar adelante los proyectos de inversión, tanto nacional como extranjera, y en todos los rubros de la actividad empresarial— es fácil que se configuren ilícitos penales.

Efectivamente, son múltiples las situaciones delictivas que pueden surgir en la constitución, desarrollo, organización, gestión y administración, y en la disolución y extinción de las sociedades anónimas. Cada vez más, el estudio de tal situación reviste mayor interés para los efectos de la prevención y punición de sus agentes, quienes abusan de las prerrogativas y poderes conferidos para el ejercicio de los cargos de dirección, administración, supervisión y control, o aprovechan de las características propias de las sociedades anónimas para utilizar indebidamente esta modalidad de persona jurídica como instrumento o medio para la comisión de actividades delictivas.

A propósito de la ilicitud de los actos que pueden cometerse escondiéndose en una organización societaria, en el capítulo VI del Código Penal está regulado el "fraude en la administración de personas jurídicas" —que a su vez es parte integrante del título V del libro segundo, que subsume todos los "delitos contra el patrimonio"—, y dentro de ese capítulo, en el artículo 198 está prevista la "administración fraudulenta". Sin duda, nos encontramos muy motivados para reflexionar sobre cada uno de los supuestos delictivos recogidos en esta norma, pero lo haremos gradualmente. Por ello, en esta oportunidad solamente hemos considerado abordar el tema de "la autocartera encubierta de acciones de sociedades anónimas", que es la denominación técnica que emplean los especialistas en derecho penal societario para identificar el ilícito penal previsto en el inciso 4 del artículo 198 del Código Penal —una de las modalidades de delito de administración fraudulenta—, bajo el texto siguiente:

Artículo 198.- Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: (...)

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

Específicamente, el asunto que nos interesa en esta oportunidad es si la sola aceptación de acciones o títulos de la propia persona jurídica, como garantía de crédito, configura o no una responsabilidad penal por el delito de administración fraudulenta, tipificado en el inciso 4 del artículo 198 del Código Penal. Es pertinente comentar que este artículo ha sido modificado por la Ley 28755, del 6 de junio del 2006, incorporando como sujetos activos, para los supuestos previstos en los incisos 1 y 6, a los auditores externos e internos, es decir, a los contadores que están autorizados a emitir informes de auditoría para que las empresas cumplan con las disposiciones legales establecidas en la Ley General de Sociedades, en las Normas y Principios Internacionales de Contabilidad, en la Ley General del Sistema Financiero y en las

resoluciones administrativas que emite la Superintendencia de Banca y Seguros. (En lo que respecta al supuesto previsto en el inciso 4, materia del presente análisis, no hubo variación.) El nuevo texto de los incisos modificados es el siguiente:

Inciso 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o 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.

(...)

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

De manera previa, y para fines didácticos, nos parece pertinente hacer referencia al marco general de los delitos societarios y a los elementos y características que los tipifican. Acto seguido, como una introducción al tema particular que nos ocupa y hacer un deslinde previo —de singular necesidad—, comentaremos los aspectos específicos del derecho societario en lo relativo a la autocartera lícita o legal y los aspectos funcionales de esta, para luego referirnos a la tipología específica del delito configurado por la existencia de una autocartera encubierta de acciones como modalidad de delito de administración fraudulenta y que —a diferencia de la anterior— es la autocartera ilícita o ilegal.

2. Marco general de los delitos societarios

Encontrándonos en el noveno año de vigencia de la actual Ley General de Sociedades, Ley 26887 (en adelante, LGS), y luego de conocer su contenido y su aplicación práctica, se puede afirmar que se trata de una ley técnica y especializada, en donde se ha respetado el principio de un derecho societario no sancionador, que, a diferencia de los ordenamientos societarios de otros países —como los de Italia, Francia y Alemania—, no incluye de manera explícita las infracciones o faltas, ni tipifica los delitos societarios.

Aun cuando el derecho societario es un derecho muy formalista y exigente en lo relativo al cumplimiento de requisitos de publicidad —en garantía de los intereses de la propia sociedad, de sus socios y de sus acreedores o de terceros que contratan con ella—, la LGS se ha limitado a señalar cuáles son esas formalidades y requisitos, así como las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, además de hacer una referencia general, en sus artículos 12 y 13, a los alcances de la representación y a los actos que no obligan a la sociedad. Pero en cuanto a la responsabilidad penal de los socios o administradores, es necesario remitirse al Código Penal para encontrar allí la respectiva tipificación de la conducta y la pena que le corresponde.

Se discute si a partir de la tipología de los delitos societarios estamos frente a un derecho penal societario autónomo o si éste forma parte del denominado derecho penal económico, el que de manera genérica puede describirse como el cuerpo normativo sancionador de actos que afectan el desarrollo del sistema económico o de las instituciones. La segunda posición se sustenta en el hecho de que, técnicamente, dentro del ámbito de competencia del derecho penal económico se encuentran los denominados “delitos de los negocios”, o la “criminalidad de los negocios”, subsumiéndose los delitos societarios en ese grupo.

Opinamos que dada la trascendencia de la organización social en la sociedad, debe reconocerse autonomía al derecho penal societario, a fin de contar con normas específicas para los entes sociales regulados en la Ley General de Sociedades y no tener que recurrir a las normas generales del Código Penal, que si bien han previsto sanciones para el fraude contra la administración de las personas jurídicas, no responden al objeto esencial del derecho societario, pues alcanzan no solo a las sociedades, sino a cualquier otra persona jurídica. Por otro lado, normas claras —ya sean de orden penal o societario— pueden evitar que se llegue a un extremo controvertido que pudiera convertirse en un posible recurso abusivo, como es el de solicitar el levantamiento del velo societario. Como bien señala el maestro Fernando de Trazegnies:

Tal “desvelamiento” sólo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica, lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabili-

dad limitada, con todas las consecuencias que ello implicaría para el sistema económico liberal-capitalista que predomina en nuestro tiempo¹.

Más que otras personas jurídicas, la sociedad anónima resulta propicia para la configuración de estos delitos, y ello se debe a que ofrece un amplio margen de acción a sus representantes, quienes pueden cometer irregularidades en su nombre. En materia societaria existen hechos que reúnen todas las características y requisitos para configurar un delito, pero son hechos que, por su diferente y compleja modalidad, no pueden ser considerados como simples delitos contra el patrimonio. Incluso, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, algunos de ellos podrían escapar de la regulación penal, haciéndose necesario —a fin de evitar su impunidad— un examen minucioso de todos los supuestos de irregularidad.

Ahora bien, para determinar si se ha cometido un delito de orden penal societario se deberán analizar previamente los aspectos mercantiles que condujeron a la realización del acto o la conducta que supuestamente configura un ilícito penal, y para ello será necesario efectuar una revisión de los medios utilizados para su configuración, como los acuerdos adoptados, tanto por la junta general de accionistas o socios, o por el directorio, y sus alcances; los poderes conferidos a los representantes y miembros de la administración; los contratos, convenios, actos u operaciones realizados en representación de la sociedad; los convenios de accionistas, entre ellos o con terceros; los estados financieros de la sociedad; entre otros. Ello no obstante, consideramos que serán de aplicación los principios de legalidad, culpabilidad, autoría, complicidad, así como los factores de atenuación y agravación de penas.

¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje". *Ius et Veritas* 29. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 12.

Prosiguiendo con nuestro razonamiento, cabe manifestar que el derecho penal societario es, a nuestro modo de ver, una rama especial del derecho penal, dado que obedece a la necesidad de asegurar y proteger legalmente a los accionistas, a los acreedores o terceros y a la propia sociedad, frente a los abusos de los ejecutivos y administradores encargados de su representación y/o conducción. Ello justifica la intervención del Estado para salvaguardar el patrimonio colectivo de los propios accionistas, así como para otorgar seguridad al tráfico mercantil y permitir que el desarrollo de las sociedades se dé en armonía con su objeto social y el ordenamiento jurídico, toda vez que no se puede ni debe avalar o dejar impunes aquellos delitos perpetrados bajo la protección de su organización social.

A fin de ubicar los ilícitos penales en el contexto societario, es importante distinguir dos niveles: la actitud "hacia fuera" y la delincuencia "intramuros", es decir, dentro de la sociedad. En el primer caso se emplea a la sociedad como herramienta o instrumento para perjudicar a terceros, a diferencia de la delincuencia "intramuros", en la que el hecho delictivo ocasionado por los agentes o sujetos activos afecta a los propios accionistas y/o al patrimonio social. En realidad, son dos aspectos del mismo delito, porque el perjuicio al patrimonio termina por afectar también a los terceros o acreedores. Además, es de fundamental importancia resaltar que para efectos de configurarse un delito societario debe existir tanto un perjuicio económico para la sociedad, sus accionistas y/o terceros, como un aprovechamiento del actor, agente o sujeto activo, por lo que no es punible la simple decisión adoptada por un determinado órgano, sino que ella debe necesariamente ejecutarse y, por tal razón, ocasionar un perjuicio.

Ya sea "hacia fuera" o "intramuros", en términos generales, son características comunes de los delitos societarios:

- Son cometidos por un número restringido y por una determinada clase de personas (directores, administradores, gerentes, socios fundadores, liquidadores, auditores internos o externos, etc.).
- Los sujetos activos son personas que normalmente gozan de respeto y confianza en el entorno organizacional de la sociedad.
- La conducta delictuosa está relacionada con la ocupación habitual del actor agente, mediante el aprovechamiento de las atribuciones y poderes conferidos para el ejercicio de su cargo en la sociedad.
- El medio empleado es la gestión económica de la sociedad.

Nos ratificamos en que el derecho penal societario busca tutelar el orden económico a través de la protección del patrimonio de las personas jurídicas, sus accionistas o terceros afectados, y las normas penales garantizan el mantenimiento del orden económico a fin de que la actividad mercantil de la sociedad se efectúe en forma leal y honesta por parte de sus representantes. Al proteger el orden público, el Estado se ve obligado a proteger los intereses económicos de los particulares, y es por eso que los bienes jurídicos que la ley penal protege frente a la comisión de delitos societarios son el patrimonio social, compuesto por los bienes de la sociedad, el patrimonio de los accionistas y el patrimonio de los terceros que contraten con esta. Será tal vez por ello que el delito de fraude en la administración de las personas jurídicas, en sus diferentes modalidades, está regulado bajo el nombre genérico de "delitos contra el patrimonio", aunque, como dice García Caveró², la inclusión no ha sido acertada,

... puesto que los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas no han adquirido la independencia sistemática que actualmente les otorga la doctrina penal y las legislaciones de otros países (...). Esta ordenación sistemática tiene como consecuencia principal que estos tipos penales se interpreten como una especificación de los delitos patrimoniales en el ámbito particular de la administración de las personas jurídicas, lo que implica, en definitiva, desconocer las razones que han llevado precisamente a elevar estas infracciones al nivel de delitos (...). La verdadera naturaleza de los delitos de fraude en la administración de las personas jurídicas va más allá de la producción de un daño patrimonial individualizado a los socios o a la sociedad misma, colocándose, más bien, al nivel de la regularidad del funcionamiento de las personas jurídicas en el sistema económico.

² GARCÍA CAVERO, Percy. *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 20.

Respecto a los nueve supuestos de ilícitos de administración fraudulenta previstos en el artículo 198 del Código Penal, es importante resaltar que son de carácter *numerus clausus*, por lo que, de no encontrarse expresamente previsto, el supuesto teóricamente punible no configurará un delito, en aplicación del principio de legalidad del derecho penal. Es en razón de esta restricción que se afirma que dichos supuestos son en la actualidad ineficaces para contrarrestar los actos delictivos cometidos al amparo de la organización social de una determinada sociedad o persona jurídica en general, lo que se refuerza al comparar la figura genérica del delito de estafa, regulada en el artículo 196, con los supuestos contemplados en el artículo 198. Basándonos en esa comparación, no encontramos argumentos que justifiquen la reducida sanción en el caso de fraude en la administración de personas jurídicas, para el cual se establece una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, cuando para el caso de estafa se contempla una sanción de hasta seis años. El delito genérico "estafa" consiste en un tipo penal general, a diferencia del fraude en la administración de personas jurídicas, regulado como un supuesto del tipo genérico de delito contra el patrimonio, que el legislador intencionalmente ha buscado resaltar, por lo que no existe sustento para que a este delito le corresponda una pena menor que la establecida para el delito de estafa. Asimismo, es pertinente señalar que la aplicación de los nueve supuestos alcanza a todo tipo de personas jurídicas, pero que por la estructura y particularidades de la organización social de las sociedades anónimas se presentan mayormente en estas.

En cuanto a los agentes comisivos de los delitos societarios, el derecho penal peruano reconoce como posibles sujetos activos del delito únicamente a las personas naturales, y así está previsto en el artículo VII ("responsabilidad penal") del título preliminar del Código Penal, que señala: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva"; donde el autor sólo es la persona física. En cuanto a dicha posición, debemos enfatizar que por el criterio jurisprudencial mantenido a la fecha y traducido en reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema, ha quedado establecido que las personas jurídicas no pueden ser actores, agentes o sujetos activos de delito:

La persona jurídica no posee capacidad de conducta de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, recayendo en todo caso di-

cho atributo sólo en las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado (...) debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación o como socio representante autorizado de ella³.

Así, a diferencia de otras legislaciones penales —como la anglosajona—, la persona jurídica es un sujeto inimputable desde el punto de vista penal, sin perjuicio de la responsabilidad de sus integrantes y sus representantes. Ello responde al paradigma creado en torno a la responsabilidad penal, la que usualmente se encuentra relacionada con la aplicación de sanciones y/o penas privativas de la libertad de los agentes comisitos, y en atención a ello la sanción penal de la persona jurídica consistiría en afectar los bienes de su patrimonio con multas —en este caso, con cargo al patrimonio de la sociedad— o en aplicar otro tipo de sanciones no pecuniarias, como la cancelación de su personalidad jurídica, la limitación de sus actividades mediante su cierre temporal, etc.

Aun cuando hemos señalado que de manera exclusiva se atribuye la calidad de actor o agente a las personas naturales, algunos especialistas sostienen que dentro de los delitos societarios existen dos modalidades: el delito personal o de carácter individual —cometido por alguno de los agentes antes determinados—, o los denominados delitos plurisubjetivos de conductas homogéneas, como el delito de junta, perpetrado en forma colegiada —por ejemplo, a través de un acuerdo de la junta general de accionistas o de directorio que compromete a todos sus miembros—, con lo cual, al parecer, se pretendería una excepción a la regla general cuando el delito es perpetrado en forma colegiada. Sin embargo, opinamos que tal distinción no es acertada, pues, de acuerdo con la naturaleza de los hechos analizados y que configuran los delitos societarios, para su comisión importa única-

³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*. Ejecutoria Suprema del 24/10/97, exp. 3963, Áncash. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 84.

mente la participación personal del agente, la que no desaparece ni cambia por ser verificada en conjunto.

Ahora bien, de acuerdo con lo afirmado, podrán ser sujetos activos del delito únicamente los socios fundadores, los directores, los administradores, los gerentes, los liquidadores y los auditores externos o internos, a partir de la Ley 28755.

Tanto los miembros del directorio, los gerentes, los administradores, los liquidadores y los auditores cuentan con el deber específico de proteger el patrimonio de la sociedad. El solo hecho de contar con determinadas atribuciones para el ejercicio de sus cargos hace que el uso indebido de aquellas y el abuso de los poderes de dirección o control constituyan condiciones agravantes del subtipo penal analizado, dada la inobservancia, por parte del agente, del deber de salvaguardar el patrimonio social, el de los accionistas y el de terceros relacionados comercialmente con la sociedad.

En el tema de la responsabilidad, cuando algún miembro del directorio, gerente o algún administrador considera que el proceder de un determinado órgano es punible, se encuentra facultado para denunciar el hecho al Ministerio Público. De no hacerlo, omite un deber de función que no lo libera de la responsabilidad civil y penal que la ejecución del hecho le pudiera acarrear.

Importa resaltar que la sola abstención o su voto en contra no bastarán para que los representantes de la sociedad deslinden responsabilidades, en virtud de su deber de garantizar la legalidad de los actos realizados en nombre de aquella. En ese orden de ideas, el representante deberá efectuar actos positivos encaminados a evitar que se ejecute la decisión que constituye el ilícito penal, y deberá hacer uso de los medios legales a su alcance para efectos de salvar su responsabilidad; en caso contrario, tendrá que responder por dicha ejecución en virtud de la configuración objetiva de un delito por omisión conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal, en cuyo caso, a criterio del juez de la causa, la sanción podrá ser atenuada siempre que aquel demuestre que por lo menos hizo el intento de impedir la realización del acto.

3. La autocartera lícita de acciones de sociedades anónimas en la LGS

Si bien no es un tema totalmente novedoso —pues se reguló parcialmente en la Ley de Sociedades Mercantiles (Ley 16123, de 1966)—, la LGS tiene innovaciones interesantes en el tema de la autocartera de acciones de sociedades anónimas, aunque se debe reconocer que no ha sido regulado en forma sistemática y ordenada, lo que obliga a realizar interpretaciones que no son necesariamente coincidentes.

Queremos precisar que para efectos del tema principal que estamos tratando, esta autocartera es la lícita, para diferenciarla de la ilícita, que es con la cual se configura el delito previsto en el inciso 4 del artículo 198 del Código Penal.

En general, se entiende por autocartera aquella situación en la cual la sociedad es titular de sus propias acciones. Si bien no vamos a entrar en los diversos subtemas, aspectos y demás implicancias de la autocartera, consideramos fundamental, para llegar a entender el subtipo de delito societario previsto en el inciso 4 del artículo 198 del Código Penal, referirnos a los criterios de clasificación de la autocartera previstos en la LGS, que en realidad son dos: por el primero de ellos se distingue entre la autocartera directa y la indirecta, y por el segundo entre la autocartera originaria y la derivada.

3.1 Autocartera directa

Esta se da cuando la sociedad emisora de las acciones es titular de parte de las acciones representativas de su capital social; es decir, la sociedad incorpora y mantiene dentro de su patrimonio un paquete de las acciones que emitió y que fueron originalmente suscritas y pagadas por accionistas a cuyo nombre se emitieron, pero que posteriormente fueron adquiridas por la propia sociedad bajo cualquiera de los supuestos contemplados en el artículo 104 de la LGS y que son cuatro: el primero corresponde a la adquisición de acciones con cargo al capital social; el segundo, a su adquisición con cargo a las utilidades o reservas de libre disposición; el tercero, a su adquisición con cargo a la entrega de títulos de participación en los beneficios de la empresa; y el cuarto, a la adquisición gratuita de acciones.

Adicionalmente, también se considera otro supuesto de autocartera directa y que es consecuencia de la “adquisición forzosa” que la

sociedad anónima deberá hacer cuando uno o más accionistas ejercitan el derecho de separación previsto y regulado en el artículo 200 de la LGS, el que omite pronunciarse sobre la suspensión temporal de los derechos que recaen sobre esas acciones mientras están en poder de la sociedad, como sí lo hace el último párrafo del artículo 104 de la LGS.

Es pertinente destacar la licitud o legalidad de estas situaciones —a través de las cuales la sociedad emisora adquiere sus propias acciones— en la medida en que se observen las condiciones, los requisitos y los plazos que garanticen que, siendo situaciones excepcionales, solo se lleven a cabo para cautelar los intereses patrimoniales de la sociedad en general y no para afectar los intereses de los socios y terceros acreedores.

Resulta oportuno comentar el último párrafo del artículo 104 de la LGS, que establece que mientras las acciones de propia emisión se encuentren en poder de la sociedad, los derechos que otorgan se pierden temporalmente o quedan en suspenso. Como quiera que no se puede distinguir donde la ley no distingue, debe entenderse que dicha suspensión es general y abarca tanto los derechos políticos como los derechos económicos y patrimoniales.

Coincidimos con Abramovich⁶ cuando señala que resulta lógico que tales acciones no gocen de derechos políticos ni económicos porque, al pasar a ser de propiedad de la sociedad, en el fondo pertenecen a todos sus accionistas —titulares finales del patrimonio social—, y con su suspensión se evita favorecer al grupo controlador de la sociedad, por lo que es una buena solución que tales acciones, en las convocatorias a juntas de accionistas, no se computen ni para el quórum ni para el cálculo de las mayorías y que tampoco den derecho a los dividendos —que es el derecho económico por excelencia—, con

⁶ ABRAMOVICH AKERMAN, Daniel. "Algunas consideraciones acerca de la disposición de autocartera en la Ley General de Sociedades". *Ius et Veritas* 23. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 85.

lo cual los que correspondan a aquellas acciones favorecerán a todos los accionistas de la sociedad.

A su vez, importa tener en cuenta que una vez efectuada la adquisición de acciones bajo cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 104 de la LGS, el universo de acciones sobre el cual se computan los derechos políticos y económicos disminuye, lo que ocasiona que el resto de ellas adquieren un mayor valor efectivo y real.

3.2 Autocartera indirecta

Es la situación en la que parte de las acciones representativas del capital social de una determinada sociedad pertenecen a otra, de la cual la primera es accionista mayoritaria de las acciones suscritas con derecho a voto o tiene la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del directorio de la sociedad dominada; se trata, por tanto, de sociedades filiales o subsidiarias. En estos casos, el artículo 105 de la LGS priva a las correspondientes acciones únicamente del derecho de concurrencia y de voto en la junta de accionistas, pero no las priva de los derechos económicos.

Según Abramovich, la racionalidad de la privación del derecho de voto a la autocartera indirecta se sustenta en que

Si estas acciones tuviesen derecho al voto, se entiende que serían los accionistas mayoritarios de la sociedad dominante (o el órgano de administración competente, según sea el caso) quienes decidirán cómo deben votar esas acciones en la junta general de accionistas de la sociedad dominada⁵.

De esta manera —y siguiendo el razonamiento del derecho comparado—, podemos concluir que tampoco sería posible el ejercicio de otros derechos de contenido político: asistencia, información, separación, impugnación de acuerdos, derecho de las minorías, etc., pues,

⁵ ABRAMOVICH, Daniel. Op. cit., p. 86.

dada la suspensión del voto, el ejercicio de estos otros derechos políticos en la situación de autocartera devendría en irrelevante y carecería de sentido⁶.

Además, como se advierte, hay una diferencia de tratamiento en lo relativo al disfrute pleno de los derechos que se derivan de las acciones, pues, como se ha mencionado, en los casos de autocartera directa las acciones están en el activo de la sociedad emisora, formando parte de su propio patrimonio, y mientras estén dentro de ella pierden temporalmente la plenitud de sus derechos políticos y económicos. En cambio, en la autocartera indirecta las acciones forman parte del activo de las sociedades filiales o subsidiarias, las que se encuentran controladas por la sociedad emisora.

En consecuencia, la suspensión de los derechos alcanza únicamente a una parte de los derechos políticos, es decir, al derecho a que se computen para el quórum y para la adopción de acuerdos en la junta de accionistas de las sociedades emisoras, que son a la vez las sociedades dominantes, dejando a salvo los otros derechos políticos, como el derecho de impugnación y el de información, y el goce pleno de los derechos económicos.

Al no hacerse referencia de ninguna restricción de los derechos patrimoniales que corresponden a las acciones de autocartera indirecta, Chabaneix interpreta lo siguiente:

Este silencio es indicativo, en mi opinión, de la intención del legislador de permitir que la sociedad controlada pueda percibir los beneficios económicos que esta inversión en valores emitidos por su matriz produzca. Lo contrario supondría una afectación de los intereses de los demás accionistas de la sociedad subsidiaria, a quienes se privaría, indirectamente, de percibir los réditos que el uso de los fon-

⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. "La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (la regulación de la autocartera en el derecho español)". *Themis* 39. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 362.

dos de la misma pueda producir, trasladando éstos a los accionistas de la sociedad controlada⁷.

Ahora bien, con respecto a los derechos económicos, la situación es otra, pues, como bien lo señala Abramovich⁸, las acciones de propiedad de la sociedad controlada no pertenecen únicamente a la sociedad controladora y, por tanto, no sería lógico, sino más bien confiscatorio, que se prive de derechos económicos a los accionistas de la sociedad controlada que no tienen relación alguna con el accionista controlador. Siguiendo la misma lógica, dicho autor nos aclara lo siguiente:

... tal vez convenga hacer una precisión adicional, y es que la sociedad controladora no solo tendrá intacto su derecho al cobro de los dividendos que pueda repartir la sociedad controlada, sino a todos los derechos económicos en general, como lo son el derecho de suscripción preferente, así como la posibilidad de transferir ese derecho...⁹.

3.3 Autocartera originaria

Ingresamos al segundo criterio de clasificación de las autocarteras. La autocartera originaria es aquella que está regulada y prevista en el artículo 98 de la LGS, que se refiere a acciones que han sido creadas, pero que todavía no han sido suscritas ni pagadas, por lo que todavía no tienen un titular y, por eso, nunca se han emitido. Estas acciones no forman parte del capital social hasta que no sean emitidas, y mientras se mantengan en cartera carecen tanto de derechos políticos como de derechos económicos.

⁷ CHABANEIX, Jean Paul. "La adquisición de acciones por la propia sociedad", en *Tratado de derecho mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 520 y 521.

⁸ ABRAMOVICH, Daniel. Op. cit., p. 87.

⁹ ABRAMOVICH, Daniel. Op.cit., p. 87.

Para Abramovich,

la autocartera originaria es una forma muy especial de autocartera, porque, propiamente, las acciones creadas no son propiedad de la sociedad sino que únicamente permanecen dentro de la sociedad y, como ya se ha visto, carecen de todo tipo de derecho. Simplificando el tema, se podría decir que son básicamente un instrumento que permite completar de manera veloz la obtención de recursos por parte de la sociedad a través de un aumento de capital¹⁰.

Por lo tanto, podemos entender que la autocartera originaria o autosuscripción de acciones es "Aquella en que la sociedad adquiere las acciones propias en el momento mismo de la emisión de estas, es decir, en el momento constitutivo de la sociedad o en el momento de llevarse acabo una ampliación de capital"¹¹.

Sin embargo, importa recalcar que nuestra ley, en lo que se refiere a la suscripción por la propia sociedad, ha omitido una regulación taxativa del tema, por lo que no podemos determinar si la autocartera originaria se encuentra permitida o impedida de realizarse, en el sentido de que la propia sociedad suscriba y pague las acciones. La doctrina se encuentra dividida por esta disyuntiva; para una parte de ella este supuesto implicaría serios peligros para la sociedad y para los terceros que interactúan con esta. En España, por ejemplo, la suscripción o adquisición originaria de las acciones por la sociedad emisora está prohibida, sin que se admita excepción alguna, y la infracción de esta prohibición no acarrea la sanción de nulidad del negocio realizado sobre las propias acciones, sino un cúmulo de consecuencias que legitiman la titularidad de la propia sociedad emisora de esos valores

¹⁰ ABRAMOVICH, Daniel. Op. cit., p. 89.

¹¹ DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. "Los negocios de las sociedades con las propias acciones", en AAVV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*. Madrid: 1995, p. 192.

y el descargo de la obligación de liberarlos, haciendo recaer esta sobre otros sujetos¹².

3.4 Autocartera derivada

Esta clase corresponde a los casos típicos de autocartera, en los que las acciones ya pertenecieron a un determinado accionista y, por tanto, fueron en su oportunidad suscritas y pagadas, luego emitidas —formando parte del capital social—, y posteriormente, por alguna razón, la sociedad se convirtió en su titular al haberlas adquirido con cargo a sus cuentas patrimoniales. Este tipo de autocartera derivada equivale o es igual a la denominada autocartera directa, anteriormente comentada.

De acuerdo con Chabaneix¹³, el régimen de la adquisición de acciones de propia emisión de nuestra LGS implica

... una autorización restrictiva para que la sociedad rescate títulos representativos de aportes de capital que ella misma ha emitido. Es restrictiva, pues su objetivo claramente es el de permitir estas operaciones siempre que se salvaguarde la situación patrimonial de la compañía y, con ello, se cautele el interés de sus propios accionistas y el de terceros acreedores.

En el caso de la Ley de Sociedades Anónimas de España, en ella se permite a una sociedad adquirir sus propias acciones, bien por sí misma o bien por una persona que actué en nombre propio, pero por cuenta de esa sociedad, siempre que esta se someta a una serie de condiciones o requisitos que presentan una triple caracterización, pues se trata de exigencias de *ius cogen*, objetivadas y con una finali-

¹² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. Op. cit., p. 329.

¹³ CHABANEIX, Jean Paul. Op. cit., pp. 490 y 491.

dad de legitimación de la operación de adquisición onerosa de las propias acciones por aparte de la sociedad emisora¹⁴.

4. Aspectos funcionales de la autocartera

Conviene recordar que la creación del régimen jurídico de la autocartera se ha basado en criterios de tipo funcional, más que en prejuicios de corte dogmático. Asimismo, se ha buscado atender a la vez los riesgos, peligros, ventajas y utilidades que se presentan en esta clase de negocios.

En efecto, la acción es un bien que por sí solo no implica valor alguno, pues su valor real se encuentra determinado por el del patrimonio neto, valor que resulta proporcional al cociente de capital que expresa tal acción, es decir, al valor nominal.

De esta manera, al ser la acción un bien que en la sociedad anónima expresa la condición jurídica del accionista, podemos enfatizar el doble riesgo que se presenta en toda operación de autocartera, pues con este tipo de adquisiciones la sociedad emisora puede actuar en perjuicio de sus acreedores y afectar negativamente su constitución financiera, pero también resulta incuestionable que a través de la adquisición de acciones propias se puede lesionar el principio corporativo que caracteriza a las sociedades anónimas¹⁵.

Por otro lado, en aquellas operaciones de autocartera se produce un quebrantamiento de la relación de cobertura entre capital y patrimonio, dado que se sustituye un activo real por títulos cuyo valor de realización se halla en función de la solvencia económica de la propia sociedad emisora y del adquirente, lo que comprende una vulneración a las exigencias del principio de integridad o de correspondencia mínima del capital.

¹⁴ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. Op. cit., p. 341.

¹⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. Op. cit., p. 324.

Asimismo, uno de los riesgos más comunes que acarrea este tipo de operaciones de autocartera es que puedan ser utilizadas como un medio a través del cual se oculta una reducción de la cifra de capital mediante devolución de aportaciones a los accionistas, para así poder privar a los acreedores sociales del derecho de oposición con que cuentan en su favor.

Además, como lo señala García-Cruces, aparece el riesgo de que los administradores utilicen la autocartera como un mecanismo para consolidar sus intereses en la sociedad:

... los negocios sobre las propias acciones pueden desembocar en el resultado de una lesión del interés social a favor de aquellos intereses de los accionistas mayoritarios o de los administradores designados por aquellos, dando al traste con la estructura corporativa que, desde un punto de vista plutocrático, intenta componer todos los intereses presentes en la sociedad¹⁶.

De igual manera, es indiscutible que también se genera un riesgo de incumplimiento de aquellas exigencias esenciales que derivan del principio de igualdad o de paridad de trato de los accionistas.

Sin embargo, debemos precisar que la autocartera no solo representa una serie de riesgos y peligros para la sociedad y los terceros, sino también es una operación que muchas veces es vista como un instrumento beneficioso en la gestión y la estabilidad sociales. Su realización trae consigo una serie de utilidades y ventajas que son aprovechadas por la sociedad y puestas frecuentemente en práctica.

En efecto, dada la necesidad de este tipo de operaciones en el desarrollo de la vida de la sociedad, otras legislaciones y la nuestra han venido regulando la autocartera como un negocio condicionado a una serie de reglas y no necesariamente la han prohibido del todo.

¹⁶ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. Op. cit., p. 324.

García-Cruces¹⁷ indica que la práctica societaria ha determinado algunas de las utilidades que se presentan en la realización de la operación de autocartera, entre las que podemos señalar:

- Facilita el desarrollo de aquellas operaciones en las que estuviera interesada la sociedad y que pudieran requerir, por parte de esta, de la libre disponibilidad de un número de acciones (por ejemplo: para dar cumplimiento a un anterior acuerdo de reducción de la cifra de capital social).
- Posibilita la realización de operaciones de concentración y colaboración empresarial en las que pudiera estar interesada la sociedad como accionista de sí misma.
- En un proceso de fusión por absorción, es un mecanismo para evitar que la sociedad absorbente tenga la necesidad de incrementar su cifra de capital a fin de entregar sus acciones a quienes tenían el carácter de accionistas en la sociedad que desaparece.
- Favorece la adopción de técnicas e instrumentos jurídicos dirigidos a garantizar la colaboración empresarial, ya sea mediante el intercambio de paquetes accionariales o mediante la entrega de acciones propias a fin de plasmar una cesión de activos o permitir la entrada de un socio amigo.
- Posibilita las operaciones que requieren el reagrupamiento de acciones.
- Puede permitir una mejor realización de otras operaciones sociales, como la supresión de una clase especial de acciones, o favorecer el desarrollo de la liquidación social con una previa adquisición de las acciones y, por ende, una simplificación en las operaciones de reparto del haber social.
- Puede ser utilizada como mecanismo de distribución de las propias acciones, con una finalidad social y en favor de los trabajadores de la empresa social, como instrumento para hacer frente a una posible toma de control de carácter hostil o, en fin, como medio

¹⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. Op. cit., pp. 324-327.

para asegurar la estabilidad económica financiera de la propia sociedad.

- La autocartera podría ser un instrumento que facilite el cumplimiento de prestaciones debidas. Si la sociedad fuera la acreedora de sus socios, el cumplimiento por éstos podría interponerse a través de la entrega de las acciones con una finalidad solutoria de la obligación precedente, lo cual resulta del interés social en supuestos de insolvencia y falta de liquidez del accionista deudor. Por el contrario, si la sociedad fuera la deudora, podría desprenderse de sus acciones propias, convirtiendo a los acreedores en accionistas, sin necesidad de tener que acudir a una ampliación de la cifra de capital por compensación de créditos.

5. La autocartera encubierta o autocartera ilícita

El inciso 4 del artículo 198 del Código Penal sanciona la aceptación de títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. El tipo penal recoge un supuesto de autocartera indirecta que se encuentra prohibido en el artículo 106 de la LGS: "Préstamos con garantía de las propias acciones. En ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o prestar garantías o con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas, bajo responsabilidad del directorio".

Como se ha precisado, la autocartera directa —que es también autocartera derivada— se encuentra regulada en el artículo 104 de la LGS, en donde se permite la adquisición de acciones ya emitidas por la propia sociedad. Según esta norma, el rescate de las acciones solo está autorizado en supuestos específicos y siempre que se cumpla con determinados requisitos establecidos legalmente.

Asimismo, como se ha mencionado, frente a los casos en los que la sociedad adquiere de manera directa sus propias acciones (autocartera directa), están los casos de autocartera indirecta. Un supuesto de ésta está contemplado expresamente en nuestra legislación societaria en el artículo 105 de la LGS, supuesto que se produce cuando una sociedad filial o subsidiaria adquiere acciones de su matriz. Esta adquisición indirecta de acciones por la propia sociedad no se encuentra prohibida, pero deben evitarse los peligros que podría ocasionar en la distribución de poderes sobre el manejo de la sociedad. En efecto, los accionistas que no tienen mayoría para controlarla podrían utilizar

esta operación para alcanzar ese control por la vía del derecho de voto de las acciones adquiridas por la filial o subsidiaria.

En este sentido, y como ya lo hemos destacado, el artículo 105 de la LGS ha previsto la suspensión de los derechos de asistencia y voto, en juntas, a los accionistas de autocartera indirecta. En cuanto a los derechos patrimoniales de las acciones que integran ésta, el silencio de la norma debe entenderse en el sentido de que se mantienen completamente vigentes, de modo tal que la sociedad controlada pueda percibir los beneficios económicos provenientes de la titularidad de las acciones sobre su matriz¹⁸.

En la misma línea de evitar los peligros que conllevan formas indirectas de autocartera, la Ley General de Sociedades ha prohibido en su artículo 106 que la sociedad pueda otorgar préstamos o prestar garantías con la garantía de sus propias acciones, ni para la adquisición de estas, bajo la responsabilidad del directorio. Como puede verse, la norma reconoce tres supuestos distintos: a) la prohibición de que la sociedad otorgue préstamos cuyo cumplimiento esté respaldado con la garantía de sus propias acciones; b) la prohibición de que otorgue garantías, respaldadas con la garantía de sus propias acciones; y c) la prohibición de que otorgue cualquier préstamo o garantía que tenga por objeto respaldar una compra de acciones emitidas por la sociedad, con o sin garantía de estas últimas.

Como bien lo destaca García Caveró¹⁹, la regulación penal ha elevado a la categoría de delito de administración fraudulenta únicamente al primero de estos supuestos, que es el que se configura como autocartera encubierta, ya que el artículo 106 de la LGS señala que en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos con la garantía de sus propias acciones, siendo la razón de esta prohibición societaria el impedir que se afecte la integridad del capital si no se cumple posteriormente con la devolución del préstamo, pues la sociedad tendría una garantía sin valor, independiente de sí misma, que no aseguraría

¹⁸ CHABANEIX, Jean Paul. Op. cit., pp. 520 y 521.

¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., pp. 67 y 68.

la recuperación del crédito. Sin embargo, para dicho autor²⁰, estas objeciones resultan relativas en la medida en que las acciones continúan siendo valores negociables, con contenido patrimonial, que la sociedad podría perfectamente ejecutar para hacerse pago con ellas en el supuesto de que tengan un valor comercial producto de una buena situación económica suya que, gracias a su patrimonio neto positivo, haga atractiva la negociación de las acciones para los adquirentes y la propia sociedad.

Igualmente, Chabaneix²¹ refiere que esta prohibición la percibe la doctrina más reciente como una restricción relativa y ya no absoluta. En el caso de la Ley de Sociedades Anónimas española, en su artículo 80 se establece la posibilidad de que la sociedad acepte en garantía sus propias acciones, siempre que sea dentro de los límites y con los requisitos aplicables a su adquisición.

Por otro lado, considerando los alcances de la norma, se debe advertir que cuando se prohíbe otorgar un préstamo o garantía, estos términos son empleados de manera muy amplia. En ese sentido, "préstamo" no solo se refiere al mutuo, sino a cualquier otra forma de operación, garantizada con acciones de propia emisión, donde el accionista pueda verse endeudado frente a la sociedad; es decir, operaciones como anticipos de dividendos, créditos de dinero, préstamos de uso, préstamos de consumo, entre otras; y por "garantía" se entiende cualquier forma o acto jurídico por los cuales la sociedad, al garantizar al accionista y ser ejecutada por el incumplimiento de este, quede como acreedora del socio, con garantía de sus propias acciones.

También cabe aclarar que esta prohibición se refiere a cualquier forma de otorgar garantía sobre las acciones, siempre y cuando se establezca a favor de la sociedad y con el respaldo de las acciones de propia emisión de esta.

²⁰ *Ibid.*, p. 68.

²¹ CHABANEIX, Jean Paul. *Op. cit.*, p. 523.

Igualmente, coincidimos con lo señalado por Alfredo de Gregorio²² cuando dice que la prohibición no es aplicable a la constitución en garantía de las acciones por cualquier crédito, de cualquier manera y en cualquier tiempo que haya surgido, pues existen supuestos en donde esa prohibición no sería lógica.

Es el caso señalado por dicho autor cuando se refiere a

... un viejo crédito contra el accionista, derivado de una acción por resarcimiento de daños, por la venta de viejo material, etc., ¿por qué se le habría de prohibir tutelarse contra el riesgo de no exigibilidad de aquel viejo crédito con la garantía de las acciones, especialmente cuando no tenga modo de obtener mejores garantías²³.

En relación con los fundamentos de las prohibiciones contenidas en el artículo 106 de la LGS, según Enrique Elías Laroza²⁴, gran parte de la doctrina opina a favor de ellas, con fundamentos que se agrupan en los siguientes criterios:

- a) Realizar una operación de préstamo con la garantía de sus propias acciones representa para la sociedad una forma indirecta de facilitar recursos líquidos al accionista. Si el deudor incumple, la sociedad se encontrará como acreedora del accionista, de un crédito cuya garantía son las acciones de propia emisión de aquella. En tal sentido, Elías Laroza refiere lo siguiente:

La estructura de la sociedad anónima en nuestro ordenamiento legal reposa substancialmente en la fijeza y permanencia de la cifra del capital social, que es la verdadera garantía societaria para los acreedores y terceros frente a las sociedades de responsabilidad limitada.

²² DE GREGORIO, Alfredo. "De las sociedades", en *Colección de derecho comercial*. Tomo 6, volumen I. Buenos Aires: Bolaffio-Rocco-Vivante. Ediar, S.A. Editores, 1950, p. 459.

²³ DE GREGORIO, Alfredo. Op. cit., p. 459.

²⁴ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Tomo I. Trujillo: Normas Legales, 1999, p. 269.

Realizar una operación de préstamo o de garantía, con la garantía de sus propias acciones, representa para la sociedad anónima una forma indirecta de reducción de capital encubierta. Si el deudor incumple o si la garantía otorgada por la sociedad es un crédito cuya garantía son las acciones de propia emisión de la sociedad, o sea, una situación similar a la de una devolución, parcial o total del capital a ese socio, sin el cumplimiento de los requisitos legales indispensable para una disminución de capital²⁵.

Como señalan Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría, las legislaciones mercantiles han creado esta prohibición como

... norma de tutela de la sociedad y de los acreedores sociales dirigida, por un lado, a evitar que aquella pueda devolver larvadamente a los accionistas el capital aportado encubriendo la operación bajo la forma de una garantía más aparente que real, porque la acción queda vacía cuando sea devuelto su capital, siquiera sea en forma de préstamo; y por otro, impedir que la garantía de las acciones propias pudiera convertirse en un procedimiento indirecto de adquirir esas acciones burlando las prescripciones legales que regulan la adquisición de las propias acciones²⁶.

- b) Los préstamos con garantía de las propias acciones pueden utilizarse para encubrir la suscripción y pago de acciones en procedimientos de aumentos de capital, acciones que luego se entregaron en garantía frente a la propia sociedad. Lo que se quiere evitar es que esta pueda encontrarse con las propias acciones eventualmente privadas de valor o, en general, que habría podido adquirir solo con las utilidades. Asimismo, en palabras de Antonio Brunetti: "Este precepto (...) está encaminado a impedir (...) que con el anticipo se cubra una verdadera compra de las acciones. Trata, además,

²⁵ Ibid., p. 269.

²⁶ GARRIGUES y URÍA, citados por ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano*. Tomo I. Op. cit., p. 269.

de impedir que la sociedad se confié en un título cuyo valor podría reducirse a nada...²⁷.

- c) Pueden producirse abusos de los administradores, quienes podrían utilizar los fondos de la sociedad para otorgar préstamos a accionistas que requieran liquidez, a fin de conseguir que estos cedan su derecho de voto a favor de accionistas que controlan el directorio de la sociedad.
- d) Cuando los administradores tienen interés de incrementar derechos de voto a su favor, la utilización de los recursos sociales rompe el principio de imparcialidad respecto de todos los accionistas y constituye, por tanto, una irregularidad.
- e) Los administradores, al otorgar préstamos a favor de los propios accionistas, tienen la obligación de ser especialmente cuidadosos; por tanto, si lo hacen, no podrán evadir su responsabilidad. Importa destacar lo que anota Salinas Siccha²⁸:

La prohibición tiene sentido cuando el crédito es superior al valor real de las acciones o títulos. Si el crédito es igual o por debajo del valor real de las acciones o títulos, no es posible la comisión del delito en análisis. Pues, muy bien, la persona jurídica, al no pagar el beneficiario el crédito en el plazo previsto, podrá negociar las acciones o títulos dejados en garantía y hacerse el pago correspondiente. En este supuesto no se configura la lesión o puesta en peligro del patrimonio social de la persona jurídica.

El tema que nos propusimos analizar en el presente trabajo es si la sola aceptación de acciones o títulos de la propia persona jurídica, como garantía de crédito, configura o no responsabilidad penal por el delito de administración fraudulenta del inciso 4 del artículo 198 del Código Penal. Al respecto, afirmamos que es necesario que dicha ope-

²⁷ BRUNETTI, Antonio, citado por ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit., p. 270.

²⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*. 2.^a ed. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 319.

ración ocasione un perjuicio patrimonial —por el principio de lesividad— a terceras personas, lo cual se encontraría respaldado, por otra parte, por la exigencia típica de que se actúe en perjuicio de terceros vinculados a la persona jurídica. En este sentido, García Caveró²⁹ considera que la prohibición penal apunta solamente a los casos en los que determinados socios, en connivencia con los administradores de la sociedad, y producto de un acuerdo fraudulento, se alzan con los bienes sociales de manera encubierta, lo cual tiene sentido en vista de la falta de sanción de este supuesto en los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios. Dicho autor agrega que procederá castigar los casos en los que se sobrevalora el valor de las acciones como respaldo de un préstamo otorgado por la sociedad, pues se la deja en la imposibilidad de poder recuperar su capital, posteriormente, con la venta de esas acciones³⁰.

A manera de conclusión, y en razón de los fundamentos expuestos, consideramos que la sola aceptación de acciones de la propia sociedad como garantía de un préstamo no configura el supuesto delictivo analizado, pues es necesario que exista conciencia y voluntad del agente respecto a la prohibición y que, además, aquella operación genere un peligro de perjuicio de terceras personas. Efectivamente, para que se configure el delito, primero: el agente, sujeto activo o actor debe tener pleno conocimiento de que está expresamente prohibido por el artículo 106 de la LGS otorgar préstamos aceptando como garantía las propias acciones de la sociedad a la cual representa; segundo, debe saber que las acciones del beneficiado con el préstamo tienen un valor en libros que en total es inferior o está por debajo del crédito solicitado; y tercero, debe ser consciente de que está poniendo en peligro el patrimonio neto de la sociedad, el que, en definitiva, es el respaldo que esta tiene frente a sus acreedores. Respecto a este supuesto específico y, también, respecto a aquellos que no han sido materia de análisis en este trabajo, queda mucho por debatir. Es imperativo hacerlo, pues,

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Op. cit.*, p. 319.

³⁰ *Ibid.*, pp. 6-9.

como se indicó en la introducción, el hecho de que las sociedades anónimas sean personas jurídicas y sujetos de derecho distintos de quienes las conforman, de que el patrimonio de estos y de la sociedad sean autónomos e independientes, aunado todo ello al principio de limitación de responsabilidad por las deudas sociales, a la poca precisión existente en la regulación en materia penal, así como a las diferentes posibilidades que tienen los representantes para abusar de los poderes otorgados para el ejercicio de sus funciones, constituyen factores que contribuyen a la comisión de actos delictivos.