

El Delito Societario (*)

Domingo García Rada

"El delito financiero es la violación del deber de subordinación al interés propio de las sociedades mercantiles y al interés económico del Estado en la medida en que estos intereses contribuyen a la estructuración del orden público económico".

(J.L. Heredero. Los delitos financieros en la jurisprudencia española, pg. 7).

EN EL ORDENAMIENTO económico se realizan hechos que, apreciados a la luz de la valoración jurídico-penal, revisten delictuosidad. Es necesario sancionar una conducta económica cuando su proceder es delictivo. Es la "criminalización" del comportamiento económico. Los hechos económicos de carácter punible deben ser sancionados mediante la ley penal.

El campo más propicio para esta delictuosidad económica es la sociedad por acciones, en donde se presentan injustos que escapan a la ley penal común. Por su diferente y a veces compleja modalidad, estos hechos no pueden ser tipificados como delito de estafa y en virtud del principio de legalidad escapan a la ley penal.¹

(*) El presente trabajo es un capítulo de la segunda edición de mi libro "Sociedad Anónima y Delito", que se encuentra en preparación. Por consiguiente, puede ser ampliado con nuevos datos o alterado en su redacción final si considero que nuevas normas expresan mejor mi pensamiento.

1 Montoya, p. 167 - 177.

Revue Internationale de Droit Penal. 1- 2. 1982 pg. 21 - 37

A veces el Derecho Penal toma en cuenta la protección de los intereses particulares en razón del bien tutelado, como es la vida, la propiedad o la integridad física. Pero, otras veces el valor principal a proteger es el sistema económico. Para Delmas-Marty "la referencia predominante —pero no exclusiva— del interés general es una de las notas propias de la infracción económica".

Reconoce Delmas-Marty, como segunda nota propia de la infracción económica, "la relatividad en el tiempo, carácter temporal de la legislación económica; y la relatividad en el espacio, porque la noción de la infracción económica tiene contenido diferente en cada país y varía de la libre empresa a la económica planificada o colectivista".

1. *El Delito Societario*

La expresión Delito Societario no es exacta pero está aceptada en el campo del derecho y, al decir de Antolisei, "está entrando en el uso común". Ya los civilistas han adoptado la fórmula "derecho societario". Antolisei, diciendo qué son societarios; da la siguiente definición: "los delitos cometidos, con violación de los deberes o abuso de los poderes establecidos en la ley, por las personas que ejercen funciones de particular importancia en el seno de las sociedades de comercio, y más precisamente, en las sociedades sujetas a registro".²

Se refiere a hechos realizados en el ámbito de las sociedades por acciones. También pueden presentarse en otras sociedades de capital representado por cuotas en vez de acciones, con diferentes clases de aportes y aún en aquellas sin fines de lucro.

Las sociedades por acciones son propicias porque ofrecen amplio margen para que a su nombre se cometan irregularidades. Muchas de estas ilicitudes tiene carácter administrativo o civil y para enmendarlas bastan las medidas de este orden, incluyendo algunas de carácter punitivo.

Es el caso, por ejemplo, de la demora en presentar balances, pago atrasado de impuestos, no entrega oportuna de los impuestos retenidos, etc.; sancionados con multa.

Pero, otras acciones presentan evidente ilicitud penal y las sanciones

² Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades, p. 293.

civiles y administrativas resultan insuficientes.

En ellas, el resultado del acto ilícito ofrece ventajas y provechos económicos. Cometén delitos quienes están encargados de cumplir los fines sociales, los cuales deben ser realizados con honestidad y lealtad. Es el caso, por ejemplo, de distribuir dividendos ficticios para mantener la confianza en la empresa y acreditar utilidades que no han sido obtenidas, de presentar balances adulterados, etc., que pueden ser sancionados hasta con pena privativa de la libertad.

Otras veces la empresa no sufre daño en su patrimonio pero mella su prestigio social. El buen nombre de una sociedad se perjudica; sufre desmedro si no estándolo aparece complicada en un delito. Es el daño moral de que habla la ley y que requiere ser indemnizado (art. 65° C.P.).

Para Del Rosal: "El delito de cuello blanco puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto, en el curso de su ocupación". El delito "está integrado por la ruptura de un deber, surgido del cargo que desempeña".³

Esta noción excluye aquellos delitos cometidos por la clase social alta al margen de su trabajo, como es el adulterio, la drogadicción, la negligencia, la usurpación, etc. Estos hechos delictuosos no se cometen con motivo de la ocupación diaria y no pueden ser calificados de delitos societarios.

Como notas del delito societario, Del Rosal señala: a) ser cometido por un grupo restringido de personas; b) se trata de personas que gozan de respetabilidad, pues tienen alto nivel social; c) la conducta delictuosa está relacionada con la ocupación habitual; y d) el medio empleado es la sociedad por acciones. Es delincuencia astuta que se vale del capitalismo para cometer el delito.

Como dijo Sutherland, al referirse a los delincuentes de cuello blanco, "son más reposados y menos directos que los barones ladrones del siglo pasado, pero no menos delincuentes" (cita de Del Rosal).

Para Antolisei el Nomen iuris de este delito es la "infidelidad de los órganos sociales".

La criminalidad económica ha sido estudiada en el Seminario Inter-
3 ob. cit. 262 - 263 y 301, respectivamente.

nacional organizado por el Instituto Superior de Ciencias Criminales de Siracusa (Italia), que se realizó en dicha ciudad entre el 24 y el 30 de Noviembre de 1980.

El contenido de esta criminalidad es variado. Se utilizan muchos nombres en su denominación pero no todos responden a los mismos conceptos. Se le llama Derecho Penal Económico, Criminalidad Económica, Delitos de Cuello Blanco, Delito Financiero, Delito de los Negocios, etc.

En el V Congreso para la prevención y el tratamiento de delincuentes, realizado por las Naciones Unidas en 1975, se empleó el término *Criminalidad de los Negocios*. Al año siguiente, una comunicación del Secretario General de la Interpol emplea este mismo término; y en un trabajo realizado por el Instituto de Investigaciones Criminológicas del Consejo de Europa, en Noviembre de 1976, se le llama "Aspectos Criminológicos de la delincuencia de los Negocios".

Como dice Delmas-Marty existe confusión en el empleo del término porque comprende realidades diferentes, no sólo entre países capitalistas y socialistas, sino también en el interior de cada uno.

Delmas-Marty, como diferencia entre el delito económico y financiero señala que "la referencia a las estructuras económicas implica que la infracción económica tiene como motivo el interés general más que los intereses particulares . . . el interés general y los intereses particulares no son compatibles y mejor podría hablarse de lo contrario".

2. *Ubicación del Delito Societario*

Siempre se han presentado casos de dirigentes de sociedades que aprovechan de su situación en la empresa para enriquecerse. La comisión de actos delictivos no es problema de hoy sino de siempre.

Estos hechos se sancionan calificándolos de delitos contra el patrimonio, por cuanto constituyen atentados contra la propiedad,

La circunstancia de que el autor sea empleado de la empresa agravada, siendo ésta persona jurídica y no física, no altera la esencia del hecho cometido. Siempre constituye un atentado contra patrimonio ajeno.

Lo que hoy se denomina Delito Societario es infracción comprendida dentro del tipo genérico de los delitos contra el patrimonio que no requieren incriminación diferente a la del robo, la estafa o la apropiación ilícita.

Esta es la opinión de un grupo de autores que se pronuncia a favor de mantener la denominación genérica de estafa aplicada al delito societario. No compartimos este parecer.

El siglo XX se caracteriza por la proliferación de las sociedades por acciones. Como dice Ripert, el comercio y la industria han dejado de pertenecer al hombre. El ser humano ha sido desplazado por la persona jurídica y hoy puede afirmarse que la sociedad anónima gobierna la economía de una nación.⁴

Con el auge de la empresa se presenta su diversificación. Su campo de acción se ha ampliado, y hoy casi ha desaparecido el comerciante individual y las sociedades anónimas han ocupado su lugar. La necesidad de contar con grandes capitales, así como la conveniencia de limitar su responsabilidad al aporte, han impuesto como necesidad que el negocio humano pase a manos de estos seres que son creación del hombre y existen en el papel, pero cuya realidad no puede discutirse.

La complejidad de los fenómenos económicos y la interrelación entre éstos exigen nuevo planteamiento. No siempre la mera conducta desleal de un funcionario o empleado lesiona a la empresa o pone en peligro su situación patrimonial.

A menudo es necesario el concurso de varios, con intervención de la técnica, para que ocurra la comisión del delito societario.

En cuanto a la ubicación de esta nueva forma delictiva, y siguiendo la corriente moderna, consideramos que debe ser comprendida en el Código Penal. Si esto no fuera posible, habría de incorporarla al ordenamiento penal mediante una ley propia.

El delito societario presenta caracteres propios. Es delito especial, dice Conti. Sólo puede ser cometido por determinadas personas, no por cualquiera. Son los directivos de una sociedad anónima, los socios fundadores, los miembros del Directorio, los ejecutivos, etc. Se realiza aprovechándose del ejercicio del cargo en la empresa y la gestión económica

4 Georges Ripert.

de la sociedad es el medio empleado para su comisión.

El vínculo entre sociedad y delito es básico. A menudo, la sociedad encubre la gestión delictiva a sus directivos, procurando darle legitimidad. Corresponde a la justicia descubrir quién es el culpable.

El Decreto Legislativo 123, de 12 de Junio de 1982, relativo a delitos económicos, se limita a sancionar la especulación y el acaparamiento de artículos de primera necesidad. Constituye agravante si se comete durante épocas de calamidad pública o conmoción social; o si el autor es funcionario o servidor público.

En la legislación comparada encontramos diferente ubicación del delito societario.

Así, en Italia, el Código Civil sanciona este delito en el Título XI del Libro V. Este Título consta de 22 artículos distribuidos en cinco capítulos. En el primero se consideran los delitos que pueden cometerse en las sociedades de toda clase. El segundo se refiere concretamente a sociedades de capitales, sea por acciones, en comandita, de responsabilidad limitada y cooperativas. Los restantes Títulos se refieren a la responsabilidad de los Administradores y las circunstancias agravantes y atenuantes.

Francia y Alemania tienen leyes propias. En Francia rige la de 26 de Julio de 1966; en Alemania, la de 1965.

Esta legislación comparada la tendremos presente al examinar los alcances del art. 248 del C. P. peruano.

3. *Naturaleza del Delito Societario*

El art. 248 se encuentra ubicado dentro de los denominados Delitos contra el Patrimonio. (Libro Segundo, Sección Sexta, Título IV).

El vocablo patrimonio, en el sentido que lo emplea el Código, comprende todos los derechos civiles que se pueden ejercer sobre las cosas sujetas a dominio. Pero, es algo más que un derecho de propiedad: protege tanto el dominio en sentido civilista como los otros derechos reales, hasta la simple tenencia o mera posesión de una cosa. Estas tienen como característica que "representen una utilidad económica", dice Maggiore.

El patrimonio es "la universalidad jurídica de todos los derechos reales y personales del individuo". Es todo aquello que la persona posee, sin tener en cuenta el título en virtud del cual se encuentra en su poder, y la precariedad o la transitoriedad de su posesión. La ley penal protege la mera tenencia de la cosa. Eso explica que cuando se produce la sustracción de la ropa de una lavandería, el agraviado no es el o los dueños de los vestidos, sino el del establecimiento, por ser él quien responde ante la clientela. En Derecho Penal, el vocablo patrimonio es una acepción más amplia que en materia civil.⁵

El bien tutelado es el patrimonio de la persona, de la corporación, del Estado o del Municipio, comprendiéndose dentro de ello todo lo que se encuentra en su poder, tenga valor de cambio o solamente de uso. Se protege la posesión de los bienes económicos, no su propiedad. Existen otros delitos, como el de incendio, en que también se produce daño a la propiedad; sin embargo, se colocan dentro del rubro de delitos contra la Seguridad Pública por ser ésta el bien tutelado con la norma penal.

Propiciando la autonomía de esta forma delictiva, algunos autores sostienen que existe el llamado "Delito-Junta", denominándose así a los cometidos en forma colegiada o en junta de accionistas. Se les califica como "delitos pluri-subjetivos, de conductas homogéneas, dirigidas la una hacia la otra", que en realidad constituyen delitos-acuerdo. Se sostiene que el acuerdo del Directorio es acto de naturaleza unitaria; que todos los directores forman un "haz indivisible de coautores", que pueden cometerlo porque tienen a la mano elementos suficientes para tomar decisiones de contenido delictuoso; y que los oponentes no pueden impedir el resultado doloso querido por el cuerpo colegiado, puesto que la ausencia o el voto en contra no frustra ni impide el acuerdo.

Antolisei —de quien son las expresiones anteriores— considera que esta modalidad delictiva no es forma autónoma de delito: que en realidad se trata de un evento llevado a cabo por varias personas puestas de acuerdo para consumarlo. La circunstancia de estar vinculada por una elección de accionistas no lo tipifica como delito diferente. Aceptar esta autonomía es atentar contra el concepto admitido unánimemente de la responsabilidad penal que es eminentemente personal, que no desaparece ni cambia por ser realizada en conjunto. "Constituye nada más que una modalidad del

5 Maggiore, Derecho Penal. Tomo V, pág. 3 y sgtes.

concurso de varias personas en un mismo delito", dice este autor.⁶

Cuando un director considera que el proceder del Directorio es punible, tiene el camino que le brinda la ley: denunciar el hecho al Consejo de Vigilancia, el cual está obligado a comprobar la veracidad de la denuncia, bajo responsabilidad (arts. 205 y 206 LSM). De no hacerlo, omite un grave deber de función e incurre en la negligencia prevista en la segunda parte del art. 248 del C.P.

Cuando el director participa en el acuerdo, existe dolo, porque el resultado dañoso es la consecuencia de una acción criminal: el resultado dañoso ha sido querido por el agente mediando voluntad criminal. Pero, cuando no quiere participar en el acuerdo se limita a abstenerse o votar en contra; entonces estando obligado no ha cumplido con un deber de función: presentar su denuncia al órgano fiscalizador. Ha faltado el querer humano, pero la negligencia u omisión de un deber de función ha permitido el hecho. El resultado dañoso no querido por este director se debe a su negligencia por inobservancia de lo que dispone la LSM.

No existe pues, el Delito-Junta. Es error doctrinario porque no pueden existir delitos realizados mediante actos colectivos, sin participación personal; es decir, eventos en los cuales la comisión por medio de acto colectivo figure como elemento constitutivo. En materia penal, la responsabilidad es personal; lo que no ocurre en materia civil en que hay responsabilidad solidaria por acto ajeno. Prueba de ello es que la abstención de votar, la ausencia o el voto en contra no impide que el delito se consuma, pero sí que quien no intervino en el acuerdo sea autor del hecho delictuoso. Puede decirse que se trata de la "modalidad de sujeto activo pluripersonal, a la que se suele denominar delitos de convergencia", es decir, delitos pluripersonales de conductas convergentes.⁷

El delito societario es modalidad del delito contra el patrimonio cometido por varias personas, unidas por el vínculo de integrar el mismo cuerpo colegiado proveniente de una elección de accionistas. Su responsabilidad emana de la aprobación que se preste a la decisión de carácter delictuoso. La convergencia de voluntades, aprobando el acuerdo del directorio de contenido delictuoso, no lo configura como delito diferente. Caso análogo presenta la banda: varios sujetos bajo el comando de uno cometen delito, con diferente participación en su ejecución

⁶ ob. cit. pág. 325

⁷ Marino Barbero Santos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1970, pág. 259.

material, pero su responsabilidad emana de su intervención en el acto. En ambos casos —del directorio y de la banda— existen voluntades convergentes al mismo fin delictivo. La circunstancia de que en el primero la unión provenga de la elección de accionistas y, en el segundo, de acuerdo de voluntades, no le otorga autonomía ni le da diferencia alguna, pues tal circunstancia no influye en el evento criminal.

La forma como se realice el delito puede variar, v.g., acordar dividendos sobre utilidades inexistentes, aceptar aportes no dinerarios que excedan a su valor real, presentar libros falsos, etc., pero siempre será cometido por varios individuos; cada uno de los cuales responde personalmente por la acción. Si reviste caracteres dolosos, existirá responsabilidad penal además de la civil.

Nuestra jurisprudencia ofrece pocos casos referentes a delitos societarios. En los últimos años se siguió proceso contra el Presidente del Directorio del Banco Unión, los directivos y gerentes de la Institución, por delitos cometidos en el ejercicio de los cargos que desempeñaban en dicho Banco. Una junta extraordinaria de accionistas, tomando conocimiento de la situación de falencia y de las graves irregularidades cometidas especialmente por el Presidente del Directorio, cambió a toda la administración, eligiendo a otra que formuló denuncia ante el Juzgado de Instrucción.

Se les imputaba la comisión de los siguientes hechos:

Falsar los datos contenidos en los informes presentados a la Superintendencia de Bancos; retener cheques, sin debitarlos en sus respectivas cuentas; inflar el efectivo en caja; asignar cantidades como disponibilidades, siendo así que eran colocaciones; no contabilizar los avales en moneda nacional y extranjera; otorgar créditos a empresas vinculadas al Presidente del Directorio sin garantía suficiente y por sumas por encima de las cifras permitidas; alterar el monto de determinadas partidas; entregar y afectar valores ajenos como si fueran propios; tergiversar maliciosamente diversas operaciones. Como consecuencia de estos hechos, las sumas defraudadas alcanzaban a los doscientos veinte millones de soles.

Los cargos quedaron plenamente probados y los autores fueron condenados por el Tribunal Correccional. La Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia que establecía su culpabilidad.

Estos hechos fueron tipificados como delitos contra el Patrimonio

en agravio del Banco Unión; contra el patrimonio —no percepción de impuestos y contra la fe pública— falseamiento de comunicaciones y documentos, en agravio del Estado. Discrepamos de esta última calificación, puesto que la adulteración de balances y comunicaciones sociales es el medio empleado para consumar el delito societario.

Esta ejecutoria tiene importancia porque establece: 1° Que los excesos en la gestión social y económica se realizan en agravio de la sociedad a la cual sirven y no de los accionistas, individual o colectivamente considerados; y, por consiguiente, dicha entidad como agraviada puede constituirse como parte en el proceso. 2° Que la separación radical entre el directorio, integrado por personas físicas, y la sociedad que es la persona jurídica a la cual sirve (y en el proceso aparecen una como agraviada y los otros como inculpados) es la separación a que nos hemos referido en el Capítulo Primero, cuando tratamos de la responsabilidad de las personas jurídicas. Además, evalúa por separado la responsabilidad personal de los directivos y determina la sanción penal de cada uno.

Posteriormente, se presentó el caso del Banco Popular, contra cuyos directivos se abrió instrucción y concluyó con sentencia condenatoria. Se estableció que los eventos delictivos perpetrados por los Directores y Ejecutivos de un Banco deben ser sancionados penalmente. En la Ejecutoria, de 15 de Setiembre de 1974, (R. J. P. 1974 pág. 121), se señala como delitos el ocultamiento de pérdidas y la alteración de balances presentados a la Superintendencia de Banca y Seguros y al Banco Central de Reserva del Perú; créditos y garantías otorgados con infracción de la Ley de Bancos; distribución de utilidades inexistentes, etc.

En este proceso faltó imparcialidad y presenta marcado carácter político.

4. Los bienes jurídicos tutelados

Es conveniente precisar cuál es el objeto jurídico del delito societario. En otras palabras, qué bienes jurídicos son los protegidos.

En términos generales, Antolisei dice que se trata de tutelar el orden económico, es decir, la economía pública.

Las actuales sociedades por acciones absorben gran parte del ahorro nacional. El individuo, en vez de gastarlo en su provecho o invertirlo en

el propio trabajo, lo entrega a las compañías para que lo inviertan. La riqueza nacional se encuentra en manos de estas compañías. Cuanto más difundida se encuentre la inversión en acciones más amplio puede ser el daño a terceros, quienes sufren las consecuencias del mal manejo de estos fondos.

Muchas sociedades anónimas se constituyen por grupos de personas unidas por vínculos de parentesco, de amistad, de negocio, y siempre entre personas conocidas. En muchas de dichas sociedades el capital a veces no llega a S/. 10'000,000.00. Son relativamente pocas las sociedades cuyas acciones se colocan en el gran público anónimo.

Las normas penales garantizan el mantenimiento del orden económico a fin de que la actividad económica de la sociedad se realice leal y honestamente. Como las sanciones civiles no son suficientes para lograr este recto proceder, entonces intervienen las sanciones penales; pues el Estado considera que todo lo relacionado con la economía nacional se encuentra dentro de la esfera del orden público. Esta tutela comprende tanto los intereses públicos como los privados, pues estos últimos tienen estrecha relación con los públicos. Al proteger el orden público, el Estado se ve obligado a proteger los intereses económicos de los particulares que son integrantes de la sociedad. Existen, pues, multiplicidad de intereses que defender, o sea, del Estado y de los individuos en forma personal y agrupados en sociedades. La ley penal protege a la sociedad en su conjunto; no es sólo al Estado o al individuo sino al ente social como tal.

Estos delitos tienen como nota la ofensa "a los intereses patrimoniales de un amplio e indeterminado número de personas".⁸

Todo hecho que perjudica los intereses de los individuos afecta, en forma indirecta y en diversa proporción, a la riqueza del país, a la economía nacional.

En el hurto hay transferencia de un bien de una persona a otra, la primera disminuye su patrimonio y la segunda aumenta el suyo. Este delito afecta a la economía del país en proporción limitada. Pero, cuando los intereses patrimoniales pertenecen a un número indeterminado de personas o a un gran número de ellas, entonces el perjuicio es mayor y el impacto económico en el país puede ser grave. Es el caso de quiebra de

⁸ Antolisei, ob. cit. pág. 306.

bancos, o de grandes compañías. Al proteger los intereses nacionales se protegen también los individuales.

En los delitos existen varios intereses a proteger. En el robo con violencia se protege el patrimonio y la libertad individual; en la violación se protege la libertad y el honor sexuales; en las lesiones, la integridad física y la libertad individual, etc. De estos bienes tutelados prevalece el de mayor trascendencia y los otros quedan como integrantes de la figura-tipo.

Los bienes jurídicos protegidos por la ley penal son varios.

La doctrina señala los siguientes:

- 1) los de la sociedad como persona jurídica;
- 2) los de los socios individualmente considerados;
- 3) los de los terceros que contrataron con la sociedad; y
- 4) los de aquéllos que en un futuro puedan ser accionistas o terceros contratantes.

Es el interés general de la economía lo que se protege.

Tratándose de delitos pluri-ofensivos, existe un "haz de intereses" que proteger, por ejemplo:

1) *La sociedad por acciones*, que se ha constituido por escritura pública y se encuentra registrada que tiene un patrimonio propio, aportado por los accionistas y socialmente puede actuar en el mundo económico; y constituye una alternativa para los terceros que pueden contratar con ella y los que pretendan invertir sus capitales.

En la vida de la sociedad, la respetabilidad de las empresas es importante para que el juego económico se desarrolle normalmente. Los abusos e irregularidades de los directores y gerentes afecta esta respetabilidad. Es la protección de la sociedad como persona jurídica que actúa en el comercio y en la industria.

2) Luego viene otro interés: el de los *accionistas ut singuli*, es decir, individualmente considerados.

Es ingenuo pensar —dice Antolisei— que los intereses de los socios coinciden con los de la sociedad. A menudo coinciden, pero también con cierta frecuencia divergen. Entre los accionistas se forman grupos

que tienen intereses encontrados: es el caso de los mayoritarios que imponen sus decisiones y controlan la marcha de la sociedad, no quedándose a la minoría otro camino que recurrir a los medios que considera la ley en protección a la minorías; como son la práctica de auditorías y la Junta de Vigilancia, si fuere el caso.

3) La ley protege a los acreedores sociales; aquellas personas que han contratado con la sociedad, que tienen negocios pendientes con ella, y a los cuales la disminución del respaldo económico puede afectarles. Esto explica las leyes sobre la integridad del capital social y demás.

4) Asimismo, existe una última gama de intereses a proteger. Son aquéllos que, eventualmente, pueden entrar en relación contractual con la sociedad. Son los de los posibles accionistas acreedores.

De esta manera, el interés económico se va ensanchando. En la base se encuentra la sociedad como tal. Es una persona jurídica protegida por la ley penal. Luego, vienen los accionistas. Es grupo más o menos numeroso pero siempre conocido. Todos ellos considerados como personas físicas, están amparados por la ley penal ampliándose más, se protege a todo aquél que contrata con la sociedad, pues las irregularidades y posible liquidación les afectaría.

Finalmente, la protección se amplía más aún. La ley penal protege a toda la colectividad que mañana pueda ser accionista o acreedora de la compañía. Es el interés general de la economía del país. Estos agraviados posibles y futuros son innominados y tal vez nunca lleguen a serlo, pero la ley penal se pone en el caso de que puedan comprar acciones o entrar en relación comercial con la sociedad anónima y pensando en esa posibilidad es que los protege. La colectividad tiene interés en que toda sociedad funcione dentro de la ley y por ello sanciona cualquier irregularidad.

Es interesante detenerse a estudiar las reflexiones del Profesor Juan Del Rosal, quien considera que el apotegma "Societas delinquere non potest" es válido, puesto que no pueden dejarse de lado una serie de principios que integran la teoría del delito. El principio de que "No hay pena sin culpabilidad", base de la responsabilidad y de la persona humana, supone que ésta actúa libremente y, por lo tanto, responde por sus actos.

Considera el profesor que aceptar la responsabilidad de las personas morales es "a base de trasladar la dialéctica privatista al ámbito penal,

que se traduce, sin más, por una responsabilidad objetiva". Pero, agrega que siempre deben observarse los principios rectores del ordenamiento jurídico—penal.

Pero, al mismo tiempo reconoce que "la delincuencia económica va in crescendo, sobre todo la de corte Societario" que requiere sanciones, para lo cual tienen que dejarse de lado "un buen manojito de teoremas que dan consistencia y sentido humano al aparato coactivo penal del Estado".

Los *delitos clásicos* tienen que incluir como sancionables los hechos de las sociedades que son considerados delictivos y que han sido ordenados y ejecutados por los órganos sociales. Sin tales hechos el delito societario no existiría.

Se pregunta Del Rosal si las "familias penales codificadas" son suficientes para satisfacer las exigencias que plantean los hechos delictivos de índole societaria, ¿es necesario crear nuevas especies delictivas a incluirlas en la ley penal? ¿hasta qué punto —dice— las peculiaridades de los comportamientos societarios, de clara reprobación penal, exigen la creación de nuevas figuras penales?, o ¿es suficiente remodelar las existentes para satisfacer las exigencias de una sana política criminal?

Reconoce que "silenciar la problemática penal de las sociedades anónimas es como si quisiéramos cerrar los ojos a la realidad".

Pero, reconoce que tanto el sistema probatorio como el derecho sustantivo "requieren de unas consideraciones especiales", al punto que tratadistas belgas y franceses propician un procedimiento penal especial para los delitos societarios. Se presentan múltiples situaciones en el mudamiento de la verdad: es el caso, por ejemplo, del acuerdo del directorio que no trasmite fielmente lo dispuesto en la Junta de Accionistas, gastos necesarios pero no autorizados que no se registran en el balance, etc. Es decir que existen innumerables y variadísimos casos que revelan fraude, falsedad o estafa, cuya comprobación es a veces imposible, pero que en ello reside el delito.⁹

Si sólo nos atenemos al Código en sus conocidos tipos delictivos, quedarían sin sanción estos hechos. Es necesario tipificar un nuevo delito y facilitar su comprobación.

9 Ob. cit. pág. 319 y siguientes; pág. 449 y siguientes, respectivamente.

Para la "armadura técnica" de estos delitos societarios —dice Del Rosal— debe considerarse:

a) que el "contenido de los delitos" resida en el cumplimiento de deberes que personalmente incumben al gerente, director, etc. de la empresa;

b) que al mismo tiempo ofendan a varios bienes o valores jurídicos, es decir que su naturaleza sea pluri-ofensiva;

c) que la culpabilidad sea consecuencia de la conexión entre el actuar con los deberes que le incumben al actor;

d) que el criterio que se debe aplicar sea de Derecho Penal común en cuanto a los caracteres del delito; y

e) que siendo la culpabilidad la esencia, tiene como sustento que el agente conozca la anti-juridicidad del hecho, tenga "conciencia de lo injusto". Para Del Rosal la palabra es "malicia", usada en tantos códigos.

En muchos casos, la ley establece como presunción *juris et de jure* que el actor conoce la ilicitud y por ello es responsable. Existe la presunción del conocimiento delictuoso del acto a realizar.

Factores desencadenantes.— Existe una criminalidad refinada a la que hay que sancionar.¹⁰

1) Se carece de legislación penal adecuada, con insuficiente nomenclatura penal que tiene ausencia de intimidación.

2) La relación estrecha de los aspectos mercantil y penal. Muchos casos son audacias en lo comercial, lo cual no siempre es delictuoso pero fácilmente puede llegar al delito.

3) La exigencia de los mercantilistas de dar "manos sueltas" en lo relativo al negocio, por creer que es el único medio para el desarrollo de la empresa. El mundo del comercio es ambicioso y audaz, cree que el lucro lo autoriza todo. Como el lucro es fin legítimo de la sociedad por acciones, se cree que eso permite hacerlo todo para enriquecerse.

10. Del Rosal pág. 245 y siguientes.

4) El mundo circundante favorece el delito. Así, vemos la migración de los grupos urbanos; las grandes concentraciones urbanas; la transformación de la sociedad; las grandes sociedades por acciones y su enorme poder económico; la falta de ética, que considera bueno todo lo que contribuye al éxito económico.

5) En la sociedad moderna a menudo vemos que la delincuencia violenta está siendo desplazada por la astucia; pero esto es aparente pues la realidad es que ambas coexisten.

6) ¿Quién es el autor? se pregunta Del Rosal, a lo que contesta: "es hijo de su tiempo, que se traduce por fruto de un capitalismo que toca a su fin, al menos según nos exponen los economistas".

7) Para caracterizar este hecho, recordemos que es perpetrado por una clase social de la cual se espera el buen ejemplo y nunca el delito.

8) El delito: a) afecta la confianza en el negocio jurídico, que es el fundamento de las relaciones sociales; b) es ejemplo pernicioso en cuanto a la eficacia de las leyes y a la conducta de los más altos exponentes sociales; c) contribuye a crear y expandir la falta de credibilidad. No hay confianza en la ley y con facilidad se llega a la violencia; d) con el ejemplo, el delincuente estimula los fraudes. Ya procesado facilita la estafa procesal; e) se escarnece la ética social, creándose clima de desprecio a la ley y a la moral; f) se fomenta la idea de que la ley penal es inocua tratándose de gente socialmente importante que dispone de dinero y amigos y la máxima sanción sería una multa, nunca la cárcel "que no se había hecho para ellos"; g) lo significativo del delito societario es que no está asociado con la pobreza. Ha destruido la teoría de que el delito es producto de la pobreza. Hoy hay factores comunes en los delitos cometidos por ricos y pobres.

Desde tiempo inmemorial ha imperado el aforismo "la sociedad no puede delinquir". Pero, a medida que el capitalismo hizo de la sociedad anónima su plataforma para construir gran parte de la compleja realidad económica, descubrió que una sociedad es más apta para manipular que el hombre; y que una persona sin alma era mejor que el hombre, pues impersonalizaba el tráfico jurídico-mercantil.

Del Rosal no cree conveniente considerar a la sociedad como ente responsable; pero estima que es necesario buscar "una fórmula satisfactoria de las exigencias político-criminales" que haga eficaz la lucha

contra las sociedades anónimas criminales.

Del Rosal diferencia entre "soportar determinadas penas, sin que por ello se le asignara capacidad delictiva". Tiene conducta pero es creación ficticia. Tiene "limitada capacidad penal, nunca delictiva", pues sólo puede soportar concretas y precisas penas, como la multa y la disolución.¹¹

El proceso de Nuremberg condenó a las asociaciones políticas del período nazi.

La persona moral —dice Del Rosal— puede padecer determinadas sanciones adaptadas a su condición de tal, "pero nunca podrá sufrir en el sentido intimidante del vocablo, la privación de la libertad ni tampoco su decapitación biológica, por ser un ente de ficción".

5. *Los Sujetos de Delito*

En el delito societario se sancionan los actos realizados por ejecutivos de la sociedad por acciones. Estos son los sujetos activos del delito societario, el que sólo puede ser perpetrado por las personas que por dirigir la empresa son los únicos en aptitud de cometer delitos relacionados con sus cargos.

Entre los sujetos activos (los funcionarios de la sociedad) y el sujeto pasivo (la sociedad por acciones) existe un vínculo de servicio que exige fidelidad del empleado para con la empresa.

Los sujetos activos pueden ser varios. En cambio el sujeto pasivo es uno: la sociedad. Por eso se califica el delito como de naturaleza *uniofensiva*. La comunidad sufre el delito en forma mediata; la empresa de modo inmediato.

Pueden diferenciarse promotores de fundadores, aunque en la realidad sean uno solo. Los *promotores* son aquellas personas que firman el prospecto presentándolo a la opinión pública. Es frecuente que para reunir capital se hagan circular prospectos donde el futuro adquiriente encontrará los datos necesarios que orienten su compra: objeto de la empresa, capital, autorización, nombre de los promotores, etc.

¹¹ Ob. cit. pág. 312 y siguientes.

Pueden ser promotores las personas jurídicas y tienen igual responsabilidad que las físicas.

Los promotores responden del texto del prospecto, pues muchas personas pueden suscribir acciones con la seguridad de que quienes patrocinan la empresa son gente honesta.

Los *fundadores* aparecen al firmar la escritura de constitución, aun cuando no se encuentre registrada.

Cuando la promoción y la constitución de la empresa es simultánea, entonces no existe la figura de los promotores, quedando sólo la de los socios fundadores.

Siguiendo el orden del Código, examinaremos quiénes pueden ser los sujetos activos del delito societario.

Fundadores

El Código de Comercio no habla de socio fundador, concepto que sólo aparece en el art. 92 de la LSM.

Para la ley, son fundadores quienes otorgan la escritura constitutiva y suscriben las acciones en los casos de fundación simultánea. También tienen esta calidad los firmantes del proyecto de fundación cuando se ha promovido la suscripción pública de acciones. El concepto se amplía para comprender a los terceros que hayan actuado en nombre y por cuenta de los fundadores.

De dos maneras, pues, aparecen los socios fundadores: otorgando la escritura de constitución y suscribiendo todas las acciones; o, en el caso de suscripción pública, firmando el programa y suscribiendo acciones en determinada proporción. Cuando el nombre de los gestores de la sociedad no aparece ante el público y son otros quienes suscriben el programa, también estos gestores, ocultos para el gran público, son fundadores siempre que hayan suscrito acciones. En realidad, son ellos quienes han gestado la sociedad y aportado dinero. El ocultar su nombre no altera sustancialmente su calidad de gestores y fundadores de la sociedad.

Para el Prof. Montoya "El fundamento de la responsabilidad de los fundadores reposa en que ellos asumen la iniciativa de la fundación, lo

que comporta la realización de los actos necesarios para llevarla a cabo, con el consiguiente riesgo". Mediante el programa, el público se entera que la sociedad va a constituirse y sabe que quienes lo suscriben responden de la veracidad de su contenido. Cuando la ley penal sanciona a los fundadores no hace otra cosa que garantizar "los principios de la buena fe que deben presidir las relaciones intersubjetivas".¹²

Los fundadores son los promotores de la sociedad en gestación. Son los que invitan al público a suscribir acciones, garantizando la seriedad de la operación y la veracidad de los datos allí mencionados. El público adquiere las acciones en vista de estas referencias.

Los fundadores son responsables de la realidad de la suscripción, del desembolso de los aportes de los socios iniciales y de los que concurren posteriormente; de la valoración hecha a los aportes de bienes muebles y entrega de los aportes no dinerarios, de la veracidad de las declaraciones contenidas en el programa y de la inscripción de los inmuebles aportados en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Son también responsables solidarios de las relaciones jurídicas contraídas antes de la inscripción de la sociedad.

Constituida la sociedad concluye la responsabilidad de los socios fundadores y así debe estipularse.

Es evidente la responsabilidad en que incurren los fundadores cuando existen inexactitudes en el programa, revistiendo mayor gravedad si la falta de veracidad obedece a propósitos dolosos. En pago pueden recibir determinados beneficios: participación especial en los provechos económicos de la sociedad, preferencia en la suscripción de acciones, derecho a designar administradores o a participar directamente en la administración, etc.

La responsabilidad de los fundadores emana de la propia LSM. Es solidaria frente a terceros "por las obligaciones asumidas para constituir la sociedad", dice el art. 93. El art. 94 precisa cuáles son las obligaciones de los fundadores frente a la sociedad y frente a terceros, y en su tercer apartado dice que responden: "por la veracidad de las comunicaciones hechas por ellos al público para la constitución de la sociedad". Es respon-

¹² Derecho Mercantil T. I. págs. 172 - 174.

sabilidad civil en todo caso. Si se acredita que estas alteraciones de la verdad tienen propósito doloso, el hecho asume caracteres de delito.

Miembro del Consejo de Administración

El art. 248 se refiere al miembro del Consejo de Administración porque el C. de C. habla de los "administradores de la compañía anónima" y el art. 165 LSM declara: "Los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios", agregando que su actividad está regulada por lo que se dispusiere en los estatutos.

Organos de la sociedad son aquéllos que la ley considera indispensables para el desarrollo de la actividad social. Junto a los creados por mandato de la ley, pueden existir otros originados en el estatuto de la sociedad. Todos son órganos de expresión de la voluntad colectiva, con la diferencia de que unos deben su origen a la ley y otros al acuerdo de quienes integran la sociedad. Es decir que unos son órganos legales y otros, meramente estatutarios.

Conforme a la vigente legislación, los órganos de la sociedad son tres: la Junta General de Accionistas, el Directorio y el Consejo de Vigilancia. Los ejecutivos de la compañía —gerentes, subgerentes, apoderados, etc.— son mandatarios elegidos por los órganos sociales.

La Junta General de Accionistas se reúne ordinariamente una vez al año y su función principal es examinar las cuentas del ejercicio social, aprobando o desaprobando el balance; y elegir a quienes van a integrar el Directorio y el Consejo de Vigilancia. A través de dichas funciones controla el desarrollo de la sociedad, pero no participa en su funcionamiento, por lo cual a sus integrantes no les alcanza responsabilidad. La ley penal no se refiere a la Junta de Accionistas en razón de que no interviene en forma inmediata, en la marcha de la sociedad; genera los órganos administrativos pero no realiza funciones gestoras que conllevan responsabilidad.

Distinta es la situación del Directorio de la sociedad. Este es el conjunto de personas, accionistas o no, designados por la asamblea para dirigir la compañía. Ejerce función administrativa y responde ante la Junta de Accionistas. Es fiscalizado por el Consejo de Vigilancia. Tiene responsabilidad civil y penal por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

El C.P. denomina Consejo de Administración y la LSM llama Directorio al cuerpo colegiado que tiene a su cargo la marcha de la sociedad anónima. Como no es posible que todos los accionistas dirijan la sociedad; se impone la elección de determinadas personas para llevar a cabo la dirección. A la vez, se establece un sistema de garantías para que los encargados de la gestión representen con fidelidad la voluntad de los accionistas.

El órgano administrativo que la ley llama Directorio tiene como función: concertar negocios, celebrar acuerdos, adquirir y vender bienes, suscribir contratos, etc., es decir, las facultades necesarias para cumplir los fines de la compañía. A su vez, el Directorio nombra mandatarios encargados de ejecutar sus decisiones y vigilar de cerca el desarrollo de la actividad comercial o industrial de la compañía.

Organo de Control o Vigilancia

El C. de C. no consideraba ningún órgano de control y remitía cualquier investigación que pudieran hacer "los socios y accionistas de las compañías anónimas" a lo que dispusieran "los estatutos y reglamentos" (art. 166).

El art. 164 de dicho Código habla de administradores de la compañía calificándolos de mandatarios, lo que permite creer que respecto de ellos podía darse la figura de la rendición de cuentas; pero, una ejecutoria suprema aclaró el sentido de esta norma al establecer que "el accionista de una sociedad anónima carece de derecho para demandar rendición de cuentas al administrador de ella". (R. de los T. 1939, pág. 153). En el dictamen fiscal, el Dr. Ezequiel Muñoz hace mención a que conforme al art. 166 del C. de C. "las compañías anónimas están sujetas a las disposiciones de sus estatutos y de la ley y ésta no da acción a cada uno de los accionistas para demandar la rendición de cuentas en la forma ordinaria, sino sujetándose a sus prescripciones"; es decir, a lo que en cada caso disponen los estatutos de la compañía.

La Ley de Bancos —desde la expedida en 1931— somete a las empresas bancarias a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos. Con posterioridad, se amplió la fiscalización bancaria, comprendiéndose dentro de ella a las compañías de seguros y a las financieras. Es decir que desde 1931 existe un doble régimen de control y vigilancia en las compañías anónimas: para las empresas bancarias, de seguros y financieras, la fiscalización

administrativa que corre por cuenta de la Superintendencia de Banca y Seguros; para las demás sociedades anónimas el control es interno. Primero se remitía a lo que en cada una dispusieran los estatutos, y desde que rige la LSM la vigilancia corre a cargo de un organismo creado dentro de cada sociedad. También permite auditorías.

Por su parte, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores controla a las sociedades anónimas en cuanto se refiere a la emisión de acciones que ingresan al negocio bursátil. (Decretos Legislativos 198 y 211). La inscripción en bolsa es facultativa y el hacerlo queda librado al acuerdo de la Junta General de Accionistas. Tomada esta decisión y solicitada la inscripción, la empresa se somete al control de la CONASEV en lo relativo a las acciones, pudiendo la Comisión autorizar la anotación en bolsa, la suspensión y el retiro de las acciones si es que la sociedad no cumple con las disposiciones que dicte la Comisión.

Dice el Prof. Montoya que se encuentra superada la concepción liberal que consideraba a toda sociedad como contrato privado, cuya ejecución sólo afectaba a quienes lo suscribían. Hoy no se discute la necesidad de fiscalizar su desarrollo, por estimar que cualquier irregularidad repercute en los intereses no sólo en sus propios accionistas, sino también en el de las personas que dependen económicamente de ella y en el de las entidades con quienes contratan.

De los sistemas propuestos por la doctrina, la LSM se decide por la fiscalización no estatal, mediante la junta especial de accionistas compuesta cuando menos de tres miembros, elegidos en asamblea general y con atribuciones suficientes para revisar y controlar la gestión social sin atentar contra el secreto de los negocios, pero vigilando que se desarrollen dentro de lo estipulado en los estatutos.

El art. 188 de la LSM dispone que, salvo los casos que en su primer apartado indica, "necesariamente existirá un Consejo de Vigilancia cuando la compañía cuente con más de cincuenta accionistas o un capital social no menor de veinte millones de soles". Señala que no tiene "atribuciones de gestión o administración" (art. 201).

Dentro de su labor de fiscalización, la responsabilidad del Consejo es evidente: vigila las operaciones, los valores en custodia, las garantías, dispone la verificación de auditorías contables, aprecia la valorización de aportes no dinerarios, asiste a las sesiones de Directorio, convoca a Junta de Accionistas, etc. No sólo está facultado para informar a la

Junta de Accionistas acerca de cualquier irregularidad sino que, en los casos que el estatuto lo disponga, determinadas operaciones sólo pueden practicarse con su aprobación. (art. 201).

El art. 205 permite que cualquier accionista presente denuncias al Consejo de Vigilancia sobre irregularidades en la administración y funcionamiento de la sociedad, y obliga al Consejo a investigar la denuncia.

Teniendo tan importantes atribuciones de control y vigilancia, es indudable la responsabilidad en que incurren sus miembros al no cumplir con su misión fiscalizadora y de ello deriva la que señala el C. P. En cuanto a la responsabilidad civil, el art. 206 la establece solidaria entre los miembros del Consejo de Vigilancia con los directores y el Gerente cuando no denuncien las irregularidades que observaren, ni practicaren las investigaciones del caso.

Director

El C. de C. no emplea el término director, tampoco habla de directorio. El art. 275 dice que se podrá "constituir apoderados o mandatarios generales o singulares". Al referirse a la escritura de constitución, dice que deberá indicar "la designación de la persona o personas que habrán de ejercer la administración y proveer las vacantes" (art. 159). Pero, es indudable que el director de una compañía es el mandatario de la misma a que se refiere el Código, pero con poderes que emanan no sólo de la decisión de los accionistas, sino de las prescripciones de la ley.

El Directorio es el órgano de representación y de dirección, elegido por la Junta General de Accionistas; la cual, por su conformación numerosa y sus reuniones esporádicas, no está en condiciones de realizar funciones administrativas.

Para el Dr. Montoya el director es un mandatario social que reúne la representación voluntaria —elección de accionistas— con la representación legal emanada de la voluntad de la ley. Por sus actos, obliga a la sociedad pero responde de su gestión ante los accionistas. Es mandatario especial porque no está obligado a recibir directivas de los accionistas, aunque de haberlas deberá cumplirlas fielmente por constituir mandato expreso, y orienta su gestión de acuerdo a sus propias convicciones; goza de independencia en su proceder, pero de preferencia debe atender los intereses de la compañía. El control lo ejerce la Junta General de Accionistas en forma

diferida, no inmediata como es el caso de los mandatarios corrientes.

Cuando el director es accionista de la compañía tiene una doble vinculación: la derivada de su condición de accionista y la función dirigente que resulta del voto de la asamblea. Si a lo anterior se agrega la gerencia se añade una tercera relación, puesto que debe sumarse la laboral derivada del nombramiento por el directorio. El director puede o no ser accionista de la compañía.

La LSM establece la responsabilidad civil y remite la que tenga carácter delictuoso a la ley penal (art. 174, párrafo 2º). Desde el punto de vista civil, los directores son responsables solidarios (art. 172); pero esta solidaridad no llega al campo penal en el que la responsabilidad es personal.

Delegado

No existe en nuestra legislación mercantil, ningún directivo de compañía anónima que reciba el nombre de delegado.

El Código Penal emplea el término delegado en su acepción gramatical, como la persona en quien la sociedad delega la función directiva y con esta representación realiza actos de administración que conllevan responsabilidad civil y penal. El C. de C. (art. 275) autoriza a "constituir apoderados o mandatarios generales o singulares", que tengan "la capacidad necesaria para obligarse". Es indudable que estos mandatarios o apoderados pueden delegar en otra persona sus funciones sociales, con la exigencia de que aquéllos a quienes se confiere la representación tengan igualmente capacidad para obligarse. El art. 277 del C. de C. se refiere al "gerente de la empresa industrial o comercial" otorgándole facultades para la administración de la sociedad, y dice que "tendrá el concepto legal de factor", nombre que emplea el Código. Es la LSM la que le restituye su verdadera acepción.

El Gerente, por ejercer actividades administrativas que implican responsabilidad y obligan a la compañía, "responde ante la sociedad, los accionistas y terceros por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave", (art. 181 LSM). Igualmente, "será responsable solidariamente con los directores cuando participase en actos que diesen lugar a responsabilidad de éstos o cuando conociendo la existencia de esos actos,

no informase sobre ellos al directorio, consejo de vigilancia o a la junta general" (art. 182 LSM).

Sus atribuciones deben estar señaladas en los estatutos y se considera que "está facultado para la ejecución de actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social" (art. 179 LSM).

Sus responsabilidades emanan de sus atribuciones en relación con la función gestora que le corresponde. Debe velar por "la veracidad de las informaciones que proporcione al Directorio, Consejo de Vigilancia y Junta de Accionistas" y será sancionado por el "ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la compañía" (art. 181, incisos 2º y 4º). En cuanto al carácter de la responsabilidad, el art. 187 declara que "La acción judicial de carácter civil contra el gerente, no enerva la responsabilidad penal que pudiera corresponderle". De producirse irregularidades delictivas, son de aplicación las normas del C. P.

Es interesante anotar que apenas promulgado el C. de C. la jurisprudencia suprema reconoce la institución del Gerente. Examinando los Anales Judiciales de 1907, encontramos tres ejecutorias interesantes. La corriente a fs. 220 dice: "La letra de cambio girada por el factor o empleado de una compañía, sin facultad para obligarla no apareja ejecución contra ella". A fs. 433 del mismo tomo, la ejecutoria suprema habla del Gerente, diciendo: "Si ni en el libro de actas, ni en los estatutos, ni en la escritura aparte, consta que fue nombrado Gerente, es fundada la excepción de personería". Finalmente, a fs. 509 corre otra que dice: "Cuando el gerente de una compañía se apropia de fondos de ésta, procede la acción criminal, sin necesidad de que se esclarezca previamente su responsabilidad en la vía civil".

Es decir que a los cinco años de promulgado el Código de Comercio, ya la Corte Suprema habla del gerente de la compañía, designando con el nombre de factor al empleado que carecía de poder para obligar a la empresa. El factor, nombre extraño a nuestra realidad, no fue acogido en el medio judicial y la jurisprudencia mantiene el nombre de gerente para el mandatario encargado de la gestión social.

Liquidador

"La extinción de una sociedad mercantil es un fenómeno complejo", dice Montoya. La sociedad actúa en el mercado como persona que mantie-

ne relaciones con varias entidades, siendo también muchas las personas que dependen de ella. Su extinción afecta a todas y debe realizarse en forma que cause el menor perjuicio posible.

En esta etapa aparecen los liquidadores que son verdaderos administradores de las sociedades anónimas en la última etapa de la vida institucional. Durante este período, la sociedad conserva su personalidad jurídica, pero limitada a cumplir con determinados objetivos. No se trata de obtener la finalidad perseguida en los estatutos, ni de llevar a cabo los fines allí señalados, sino que tiene como principal objetivo buscar la conclusión de las relaciones jurídicas originadas durante su vida institucional y llevar a cabo las operaciones necesarias para la extinción de la compañía y la repartición del patrimonio entre los accionistas. Los liquidadores no pueden celebrar nuevos contratos ni contraer obligaciones, sino limitarse a percibir los créditos para extinguir las obligaciones conforme vayan venciendo.

El liquidador es el representante legal de la sociedad en liquidación. Montoya lo llama "copia de la figura jurídica de los administradores". Sus facultades están limitadas por la finalidad de su función. Su nombramiento emana, por lo general, de los estatutos o de la asamblea de accionistas, cuando aquéllos no lo estipulen. La sociedad continúa regida por sus propias normas estatutarias y legales, con la diferencia de que el órgano administrativo es reemplazado por los liquidadores.

Conforme a ley, los liquidadores lo son siempre en número impar y sus atribuciones están señaladas en el art. 325 de la LSM. Tienen la amplitud necesaria para cumplir con los fines encaminados a la disolución de la sociedad. Como gestores de la liquidación son órganos administrativos que tienen como finalidad exclusiva la disolución de la sociedad.

Con tales atribuciones, les es de aplicación lo dicho sobre la responsabilidad de los administradores.

En el caso de quiebra, el liquidador es el Síndico Departamental de Quiebras, el que conforme a ley es "responsable civil y criminalmente por los daños que cause a los interesados por negligencia o malos manejos" (art. 124 LPQ).

Bibliografía

- ANTOLISEI, Francesco Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades. Temis. Bogotá 1964.
- BARBERO SANTOS, Mariano El Bandolerismo en la legislación vigente. Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1970.
- DEL ROSAL, Juan Derecho Penal de las Sociedades Anónimas. Tomo I. Madrid. 1971.
- MAGGIORE, Giuseppe Derecho Penal. Temis. Bogotá. 1955.
- Revue Internationale de Droit Penal. La Criminalité D'Affaires. La Introducción por M. Delmas-Marty. 1980. II.
- RIPERT, Georges Aspectos Jurídicos del capitalismo moderno. EJEA. Buenos Aires. 1950.