

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS.
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO.
SEMINARIO DE GRADUACIÓN 2022.
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONÓMICO.**



TEMA:

**“TRATAMIENTO DESDE LA DOGMÁTICA PENAL DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADMINISTRADOR DE HECHO Y DE
DERECHO EN LAS SOCIEDADES FORMALES Y EN FORMACIÓN EN
LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL SALVADOR.”**

**PRESENTADA POR:
LIC. RENE BELISARIO CARRANZA TEJADA.**

**DOCTOR SAUL ERNESTO MORALES.
DIRECTOR DE SEMINARIO.**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2022.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

**MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO.
RECTOR.**

**PHD. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ.
VICERRECTOR ACADÉMICO.**

**ING. JUAN ROSA QUINTANILLA.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO.**

**ING. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL.
SECRETARIO GENERAL.**

**LICDO. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN.
FISCAL GENERAL.**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

**DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA.
DECANO.**

**DR. EDGARDO HERRERA MEDRANO PACHECO.
VICEDECANO.**

**M.S.C. DIGNA REINA CONTRERAS.
SECRETARIO.**

**M.S.C. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA.
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS.**

**DR. JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ.
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADOS.**

**DR. SAUL ERNESTO MORALES.
DOCENTE ASESOR.**

DEDICATORIA.

A mi amado Dios, de gracia y amor inagotables, por quien fue posible este logro académico, y donde sobras las palabras, surge este verso: *“por tanto, al Rey de los siglos, Inmortal, Invisible, al Único y Sabio Dios, sea la honra y gloria por los siglos de los siglos. Amén.”* 1° de Timoteo 1:17. -

A mis amados padres, Belisario Humberto Carranza López, por ser mi inspiración y modelo a seguir en humildad, honradez y calidez, que desde el cielo – cual faro en medio de la oscuridad- ilumina con su recuerdo mi vida día a día, y Martha Lilian Tejada de Carranza, por ser mi fuerza, amor, cariño y protección, que gracias a sus oraciones logramos este hermoso éxito académico. -

AGRADECIMIENTOS:

A mi amada esposa, Claudia Raquel Solano Ortiz, por no dejarme desistir en las últimas fases de este proceso académico, que, por su comprensión, ánimos y compañía en oración, ha sido posible culminarlo con éxito.

A las autoridades académicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, por mi admisión, continuación y culminación satisfactoria de la Maestría en derecho penal económico, así como a todos los maestros y doctores que conformaron el connotado plan curricular; especialmente a la Dra., Patricia Faraldo Cabana, que con su libro titulado “Delitos Societarios”, fue la inspiración académica de ésta investigación, y al Dr., Saul Ernesto Morales, por su guía en el seminario de graduación.

ABREVIATURAS.

Para los efectos del presente trabajo se utilizarán las siguientes abreviaturas y siglas:

- S. Cn. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- Cn. Constitución de la República.
- C. Pn. Código Penal.
- C. Pr. Pn. Código Procesal Penal.
- Com. Código de Comercio.
- Art. Artículo.
- No. Número.
- Inc. Inciso.
- D.L. Decreto Legislativo.
- D.O. Diario Oficial.
- S.Pn. Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- S. C.C. Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- L.O. Ley Orgánica.
- T. S. Tribunal Supremo Español.

ÍNDICE. -

INTRODUCCIÓN.....	i
Capítulo 1. Derecho Societario y su relación con el derecho penal económico.	1
1.1 Los sujetos del derecho mercantil como uno de los ejes centrales del Derecho Societario.	1
1.1.1 Nociones conceptuales y clasificación.	1
1.2 Sociedades Mercantiles.....	7
1.2.1 Noción conceptual.....	7
1.2.2 Características.	8
1.2.3 Clasificación.	12
1.3 Sociedades de Capital.....	15
1.3.1 Definición y caracterización.....	15
1.3.2 Clasificación.	17
1.3.3 Sociedad Anónima.	18
1.3.3.1 Concepto y Caracterización.....	18
1.3.3.2 Modalidades de Uso.	20
1.3.3.3 Elementos.....	21
1.3.3.4 Formas de Constitución.....	22
1.3.3.5 Órganos de Gobierno Corporativo.....	25
1.3.3.6 Impugnación y suspensión de acuerdos.....	31
1.4 Concepción penal de la Sociedad Mercantil.	37
1.4.1 Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su aplicación en El Salvador.	44

1.4.2	El delito de “Corrupción en los Negocios” en la Legislación Española.	50
1.5	Responsabilidad Civil derivada de los hechos ilícitos del Administrador Societario.....	53
Capítulo 2. Delitos Societarios en el Derecho Penal Económico de la Empresa.		58
2.1	Parte General de los Delitos Societarios.	58
2.1.1	Nociones conceptuales.	58
2.1.2	Características.	60
2.1.3	Bien Jurídico Protegido.	62
2.1.4	Autoría y participación.....	64
2.2	Parte Especial de los Delitos Societarios.....	66
2.2.1	Delito de Administración Fraudulenta.....	66
2.2.1.1	Aproximación conceptual.....	66
2.2.1.2	Bien jurídico protegido.	67
2.2.1.3	Tipicidad objetiva y subjetiva.	70
2.2.1.4	Consumación.....	72
2.2.1.5	Autoría y participación.	73
2.2.1.6	Jurisprudencia aplicativa.....	75
2.2.2	Delito de Apropiación o retención indebida.	78
2.2.2.1	Aproximación conceptual.....	79
2.2.2.2	Bien jurídico protegido.	79
2.2.2.3	Tipicidad objetiva y subjetiva.	80
2.2.2.4	Consumación.....	82

2.2.2.5	Autoría y participación.	83
2.2.2.6	Jurisprudencia aplicativa.....	83
2.1.1	Delito de Alzamiento de bienes.	85
2.1.1.1	Aproximación conceptual.....	86
2.1.1.2	Bien jurídico protegido.	86
2.1.1.3	Tipicidad objetiva y subjetiva.	87
2.1.1.4	Consumación.....	87
2.1.1.5	Autoría y participación.	88
2.1.1.6	Jurisprudencia aplicativa.....	88
2.1.2	Delito de Quiebra Dolosa.	89
2.1.2.1	Aproximación conceptual.....	89
2.1.2.2	Bien jurídico protegido.	89
2.1.2.3	Tipicidad objetiva y subjetiva.	89
2.1.2.4	Consumación.....	90
2.1.2.5	Autoría y participación.	90
2.1.2.6	Jurisprudencial aplicativa.....	91
Capítulo 3. El Administrador Societario en el Derecho Penal Económico Empresarial.....		93
3.1	Criminalidad Empresarial.....	93
3.1.1	Gobierno Corporativo.	95
3.1.1.1	Noción conceptual.	95
3.1.1.2	Sujetos corporativos.	98
3.1.1.3	Deberes corporativos.....	100

3.1.1.4	Responsabilidad corporativa.....	104
3.1.1.5	Responsabilidad Penal de los Superiores Jerárquicos.	106
3.1.2	Responsabilidad Penal de los mandos medios.....	108
3.1.3	Teoría del levantamiento del velo empresarial.....	110
3.1.4	Sociedades Criminales o Irregulares.....	112
3.2	Noción General del Administrador de Hecho y de Derecho.....	114
3.2.1	Definición y diferenciación conceptual.	114
3.2.2	Tipología del Administrador Societario en el derecho penal económico empresarial.	118
Capítulo 4.	La responsabilidad penal del Administrador Societario en la Dogmática Penal.....	125
4.1	Autoría y participación delictiva relativa a la figura del Administrador Societario en los delitos en y desde la empresa.....	125
4.1.1	Imputación objetiva aplicable a la figura del Administrador en los delitos societarios.....	126
4.1.2	Imputación subjetiva aplicable a la figura del Administrador en los delitos societarios.....	129
4.1.2.1	El Administrador Societario en los delitos de Dominio.....	131
4.1.2.2	El Administrador Societario en los delitos de Infracción del Deber.	134
4.2	Acciones por la responsabilidad de los Administradores Societario.	136
4.3	El “Actuar en lugar de Otro” y el Administrador Societario.....	138
4.4	La Autoría Mediata en el ámbito empresarial relativa al Administrador Societario.....	140

4.5 Programas de cumplimiento normativo en el ámbito empresarial relacionados al Administrador Societario.....	143
4.6 Propuesta de “ <i>Lege Ferenda</i> ” de la aplicación de la figura del Administrador de Hecho en los delitos societarios y la corrupción en el ámbito privado.....	147
CONCLUSIONES.....	150
RECOMENDACIONES.....	153
INDICE BIBLIOGRAFICO UTILIZADO.....	155
INDICE DE JURISPRUDENCIA UTILIZADA.....	161

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación que se presenta a continuación, para obtener el grado académico de Maestro en derecho penal económico, lo he denominado *“Tratamiento desde la dogmática penal de la responsabilidad penal del administrador de hecho y de derecho en las sociedades formales y en formación en los delitos societarios en El Salvador”* la que se decide realizar teniendo como base las tendencias actuales en el derecho penal económico empresarial referidas a la criminalidad empresarial, centrada fundamentalmente en la figura del administrador societario, como parte integrante del gobierno corporativo de la Sociedad Mercantil, para explicar sistemáticamente su responsabilidad penal en El Salvador, desde la perspectiva de la dogmática penal.

Por lo anterior se planteó como problema de investigación: Cuál es el tratamiento dogmático penal a la responsabilidad penal del Administrador de Hecho y de Derecho en las Sociedades Formales y en Formación en los delitos societarios en El Salvador, analizando sus distintas manifestaciones, su ubicación doctrinal dentro de los delitos societarios y eventualmente, desarrollando doctrinalmente dichos delitos en aplicación de la dogmática penal.

En consonancia con lo anterior, se estableció como objetivo general de la investigación: “Explicar el tratamiento desde la dogmática penal a la responsabilidad penal del Administrador de Hecho y de Derecho en las Sociedades Formales y en Formación en los delitos societarios en El Salvador.”

Con el propósito anterior, se desarrolla la presente investigación jurídico dogmática, para la cual se utilizan instrumentos normativos, proyectos de ley; jurisprudencia de tribunales, principalmente las Salas de lo Penal y Constitucional, doctrina de expositores nacionales y extranjeros, principalmente penalistas que han desarrollado la dogmática jurídica relacionada con la investigación.

Se utilizó como método de la investigación, el dogmático, con énfasis en el modelo jurídico-descriptivo: que consiste en aplicar el método analítico a un tema jurídico, es decir, desarreglamos en tantas partes cómo fue posible el problema propuesto a investigar, implicando de este modo que el tema fuese delimitado adecuadamente.

El contenido de la investigación se presenta en cuatro capítulos: I, Derecho Societario y su relación con el derecho penal económico. En este capítulo se aborda la parte general del derecho societario, como fundamento del análisis que se efectuará respecto de las figuras del administrador societario de hecho y de derecho respecto de su responsabilidad penal en las sociedades mercantiles formadas y en formación, y como esta parte general posee vinculación con el derecho penal económico.

En el capítulo II, titulada, delitos societarios en el derecho penal económico empresarial, nos adentramos al análisis concreto tanto de los aspectos teóricos y doctrinales de la parte general, como las especificaciones de las conductas delictivas de la parte especial, de los delitos societarios.

En el capítulo III, titulado El Administrador Societario en el derecho penal económico empresarial, se aborda más concretamente los aspectos que integran la figura en estudio, desde el punto de vista de la dogmática penal, iniciando un abordaje desde su origen, en la criminalidad empresarial, hasta desgranar sus distintas tipologías que pueden visualizarse en la realidad social.

Luego, en el capítulo IV, titulado la responsabilidad penal del administrador societario en la dogmática penal, se establecen los parámetros doctrinales que integran la responsabilidad penal del administrador social de las sociedades mercantiles, desde los puntos de vista objetivos como subjetivos, las acciones que se pueden entablar por la verificación de sus responsabilidades, y de las posibilidades que brinda la doctrina como solución a sus problemáticas, incluyendo la exigencia del deber de cuidado empresarial manifestado en el *Compliance Penal*.

Concluida la estructura capitular, se deja constancia de unas conclusiones y recomendaciones de carácter especial, y finalmente; se presenta la bibliografía básica usada en la investigación, entre la que destacan libros especializados en la materia de derecho penal económico.

Capítulo 1. Derecho Societario y su relación con el derecho penal económico.

SUMARIO: Capítulo 1. Derecho Societario y su relación con el derecho penal económico. 1.1 Los sujetos del derecho mercantil como uno de los ejes centrales del Derecho Societario. 1.1.1 Nociones conceptuales y clasificación. 1.2 Sociedades Mercantiles. 1.2.1 Noción conceptual. 1.2.2 Características. 1.2.3 Clasificación. 1.3 Sociedades de Capital. 1.3.1 Definición y caracterización. 1.3.2 Clasificación. 1.3.3 Sociedad Anónima. 1.3.3.1 Concepto y Caracterización. 1.3.3.2 Modalidades de Uso. 1.3.3.3 Elementos. 1.3.3.4 Formas de Constitución. 1.3.3.5 Órganos de Gobierno Corporativo. 1.3.3.6 Impugnación y suspensión de acuerdos. 1.4 Concepción penal de la Sociedad Mercantil. 1.4.1 Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su aplicación en El Salvador. 1.4.2 El delito de “Corrupción en los Negocios” en la Legislación Española. 1.5 Responsabilidad Civil derivada de los hechos ilícitos del Administrador Societario.

1.1 Los sujetos del derecho mercantil como uno de los ejes centrales del Derecho Societario.

1.1.1 Nociones conceptuales y clasificación.

El derecho mercantil, como toda rama del derecho, se encarga de normar relaciones intersubjetivas entre individuos, que para el caso en concreto regula las nacidas en el ámbito del comercio de los denominados Comerciantes Individuales y Sociales. Tal como cita el autor DIAZ BRAVO, esta rama del derecho “es la parte del derecho privado que tiene por finalidad principal la de regular las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio entre las personas, y entre ellas y las cosas...”¹, en tal sentido, estas relaciones intersubjetivas surgidas en el ejercicio del denominado “acto de comercio” se erige como parte del propio núcleo de esta rama del derecho. El derecho mercantil es el resultado de una concepción dogmática del derecho privado, esto es, se erige en una rama de este derecho en razón de su propia naturaleza o método de investigación, siendo el fruto de determinadas circunstancias históricas que producen su aparición como rama separada ante la diferenciación del derecho común, desbordado por las necesidades del comercio y

¹ Arturo Diaz Bravo, *Derecho Mercantil*, ed. IURE Editores (Mexico D.F, 2014), 5.

por falta de instituciones del derecho civil adecuadas para la regulación de su actividad. Como expresa NISSEN², “el derecho comercial nace con un determinado contenido y la evolución de las circunstancias económicas que le dieron origen produce sucesivos cambios fundamentales en su materia, donde el derecho Societario o derecho de las Sociedades Mercantiles, le es parte integral y fundamental”.

En este sentido, el término “comerciante”, alude a quien ejecuta actos de comercio sobre las cosas típicamente mercantiles. Diferenciándose técnicamente de los “actos civiles”, por tener por objeto las cosas típicamente mercantiles o por ser mercantil para una de las partes involucradas, tal como señala SANROMAN ARANDA³, “la clase de actos de mercantilidad condicionada puede subdividirse en dos grupos, si se piensa que la mercantilidad de un acto puede estar condicionada por alguno de sus propios elementos, o bien resultar de su conexión con otro acto, que por sí mismo haya adquirido el carácter de mercantil. Así, distinguiré los actos principales de comercio y los actos accesorios o conexos.” En este orden es como se regula el artículo 3 y 4 del Com., de El Salvador, al manifestar que son actos de comercio los que recaigan sobre la empresa mercantil y los que tengan por objeto las cosas mercantiles, así como la conexión existente para todas las partes involucradas en el acto, dado que, lo que es acto de comercio para una, lo será para las demás, aun de forma accidental.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el Com.,⁴ en su artículo 2, manifestando que existen en nuestro sistema jurídico dos tipos de comerciantes: los Individuales, que son aquellas personas naturales titulares de una empresa mercantil, y que, por ende, ejecutan actos de comercio en y por medio de ésta, y los Sociales, que son las denominadas sociedades mercantiles. Esta dual circunstancia nace sobre la propia existencia de los individuos en sociedad, pues, como señala el anteriormente

² Ricardo Augusto Nissen, *Curso de Derecho Societario*, ed. Ad-Hoc, 2º (Buenos Aires, 2006), 29.

³ Roberto Sanromán Aranda y Angélica Cruz Gregg, *Derecho Corporativo y La Empresa*, ed. Cengage Learning (Mexico D.F, 2019), 36.

⁴ Código de Comercio de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970)

citado autor⁵ “la industria y el comercio son actividades económicas importantes para el desarrollo de la sociedad; por lo tanto, cuando una persona con capacidad legal hace del comercio su actividad ordinaria o habitual en busca de un lucro o una especulación mercantil, en ocasiones se une con otras personas para el logro de un fin común lícito, al integrar una sociedad mercantil tendrá mayor impacto en el comercio...”, logrando la configuración del fenómeno social que constituye el comercio en las sociedades democráticas contemporáneas, donde las sociedades mercantiles o comerciantes sociales juegan un rol fundamental.

En este sentido, particularmente, el derecho societario está vinculado directamente a la noción conceptual del Comerciante Social. Sin embargo, para poder comprender plenamente estas conceptualizaciones, debemos partir de un hecho o fenómeno social básico y fundamental, esto es, el derecho general de asociación. Pues, como señala GARCIA CRUCES, el hecho asociativo, “en cuya virtud se establece un vínculo de colaboración de carácter permanente y para la realización de un fin, más o menos, duradero, tiene actualmente una indudable relevancia en la vida social. Las personas físicas y jurídicas se reúnen para lograr la realización de los fines más variados e, incluso, también participan en ese fenómeno asociativo los propios Estados...”⁶, por lo que, la importancia contemporánea de las Sociedades Mercantiles es fundamental para lograr los fines lucrativos particulares de sus miembros, que por separados vendrían a ser mucho más difíciles de alcanzarlos.

Y es que este fenómeno es tan esencial en las sociedades democráticas que nuestra propia Cn., lo reconoce como un derecho fundamental previsto en el artículo 7, el cual reza expresamente en su Inc., primero “Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.”⁷,

⁵ Sanromán Aranda y Cruz Gregg, *Derecho Corporativo y La Empresa*, 35.

⁶ J.A. Garcia Cruces, *Derecho de Sociedades Mercantiles.*, ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2016), 9.

⁷ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

por lo que, teniendo el carácter de fundamental, posee las características propias de una norma de tal carácter, garantizable frente a terceros y, sobre todo, ante los poderes públicos. Al respecto la S. Cn., de Justicia ha reconocido que tal derecho implica “la libertad de los habitantes para constituir y participar en agrupaciones permanentes, cuya finalidad es la consecución de fines pacíficos y lícitos, comunes a quienes las integran; su contenido constituye un ámbito de autonomía complejo que alcanza, el derecho para crear asociaciones y el establecimiento de condiciones de libre desenvolvimiento de aquéllas,”⁸ y que puede revestirse de diferentes manifestaciones, entre ellas, las de carácter o con finalidad económica lucrativa como las Sociedades Mercantiles.

Las sociedades mercantiles están integradas fundamentalmente de personas naturales, que al ostentar esta calidad – de integrantes de una sociedad mercantil – son catalogados como comerciantes al ser parte de los propietarios de una empresa mercantil. Por tanto, podemos conceptualizar al Comerciante Individual, o también llamada empresario por un sector de la doctrina, tal como expresa GALLEGO SANCHEZ⁹, como aquella persona que ejercita una actividad empresarial en nombre propio. Desde esta perspectiva cobra legítima significación, la atribución de derechos, deberes, poderes y responsabilidades que se ligan al ejercicio de la actividad empresarial, porque es el empresario, y no la empresa, el titular de los derechos y obligaciones que la actividad empresarial genera, cuya calidad se prueba mediante la correspondiente matrícula de empresa debidamente inscrita en el registro de Comercio, tal como señalan los artículos 412 y 418 del Com.,¹⁰.

En el contexto de lo anterior, para arribar al entendimiento conceptual de las Sociedades Mercantiles, estas están inmersa en una serie de elementos que les son intrínsecos, cuya interacción entre sí permite su desenvolvimiento cotidiano en

⁸ Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad, referencia 63-2007AC*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007)

⁹ Esperanza Gallego Sánchez and Nuria Fernandez Perez, *Derecho Mercantil Primera Parte*, ed. Tirant lo Blanch, *Tirant Lo Blanch*, 6° (Valencia, 2022), 55.

¹⁰ Código de Comercio de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970)

la vida Social, dichos elementos a saber son: El comerciante, las cosas típicamente mercantiles (entre las cuales está la Empresa Mercantil) y los actos de comercio ejecutados por aquellos por y sobre éstas últimas. Pues en términos concretos, tal como señala el artículo 17 del Com.,¹¹, califican a la sociedad como un contrato solemne, pues debe de asentarse en escritura pública ante notario e inscribirse en el registro público correspondiente, que posee particularidades propias al mismo como acto jurídico que alcanza su finalidad al crear una persona jurídica distinta a los propios contratantes, en el que distintas personas naturales (comerciantes) colocan entre sí distintos bienes (cosas mercantiles) a favor de la persona jurídica (sociedad mercantil). Ahora bien, afirmando que el concepto de SOCIEDAD desde la óptica del derecho mercantil es un contrato solemne, no cabe desconocer las particularidades que éste presenta.

Por ello, resulta necesario destacar cuáles son sus características principales, donde puede afirmarse, como señala GARCIA CRUCES¹², que sociedad es un contrato plurilateral, de carácter traslativo y de organización que se perfecciona por medio de escritura pública, tal como señala el artículo 21 del Com., que crea al denominado Comerciante Social. Contrato plurilateral, por constituirse mediante la voluntad de distintas personas, que contraponen sus intereses particulares a los de la persona jurídica creada por medio de ellos, con fines económicos lucrativos. De otro lado, la perfección del contrato de sociedad tiene como consecuencia que los particulares se obligaron a actuar un acto de disposición, pues deberán entregar los bienes y derechos que constituyan sus aportaciones. Pero, como señalada el autor citado, “debe precisarse que el destinatario de estas aportaciones no son los contratantes sino, mejor, un tercero, pues con tales bienes y derechos se da origen a un patrimonio que no es común a todos los socios sino de titularidad de la propia sociedad”¹³.

¹¹ Ibid.

¹² Garcia Cruces, *Derecho de Sociedades Mercantiles.*, 21.

¹³ Ibid., 22.

Y que, por tal razón, el contrato de sociedad constituye el justo título que ampara la transmisión de la titularidad de los bienes y derechos que, siendo objeto de aportación, constituyen el patrimonio social a favor de la Sociedad Mercantil, develador de su carácter traslativo de dominio. Por último, su carácter organizacional se verifica, ciertamente, por la finalidad perseguida por todos los contratantes: crear una organización de carácter mercantil o lucrativa. En estos supuestos, la organización se basa en un “principio de personalidad”¹⁴. Puesto que, también, la organización que surge del contrato puede objetivarse, adoptándose a las reglas y estructura que hacen que ésta quede al margen de las vicisitudes o situaciones particulares que puedan afectar a los contratantes aisladamente. En tal caso, esa organización de carácter mercantil creada con la perfección del contrato de sociedad atiende principalmente a los componentes puramente patrimoniales o capitalistas que la integran, la sociedad es en este sentido, como expresa VALENZUELA¹⁵, “la institución nacida del contrato solemne. Este contrato da origen a una institución o persona moral al cual se aportan, poniendo los socios en común, los recursos necesarios para efectuar un negocio más o menos permanente, participando aquellos en las ganancias y riesgos de una actividad lucrativa”.

En razón de todo lo anterior, el derecho de las sociedades, cuyo contenido comprende el estudio del funcionamiento, tanto interno como externo de este instrumento de concentración de capitales y en tanto integrante del derecho mercantil, ha debido adaptarse a las circunstancias y a las modalidades del comercio, esto es, el ámbito donde se desempeñan las sociedades comerciales, pues sin desconocer su existencia en nuestro ordenamiento jurídico no puede ignorarse el proceso de comercialización de la actividad económica considerada tradicionalmente en la vida cotidiana. Puesto que, como señala BALBÍN¹⁶, “el hombre es un animal político que tiende a agruparse, por lo que la historia de la

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Roberto Guerrero Valenzuela y Matías Zegers Ruiz-Tagle, *Manual Sobre Derecho de Sociedades.*, ed. Universidad Católica de Chile (Chile: Ediciones UC, 2014), 16.

¹⁶ Sebastián Balbín, *Manual de Derecho Societario. Ley General de Sociedades.*, ed. Abelardo Perrot, 2º, vol. 2016 (Buenos Aires, 2016), 16.

civilización se encuentra indisolublemente ligada al fenómeno asociativo. Dentro de la multiplicidad de finalidades existentes para estas relaciones, el ejercicio del comercio ha ocupado desde siempre un lugar preponderante”. Desde tiempos antiguos, diversas agrupaciones combinaban la posibilidad de aglutinar capital y habilidades humanas, las que con ayuda de técnicas asociadas han evolucionado hasta conformar patrimonios autosostenibles, divididos de los sujetos que originalmente las conformaron.

1.2 Sociedades Mercantiles.

1.2.1 Noción conceptual.

Como ya se menciona anteriormente, el término Sociedad Mercantil, primeramente, alude a la forma en la que se formaliza, como un contrato solemne, pero también tiene distintos puntos de vista o acepciones. Para el autor VICENT CHULIÁ¹⁷ el término “sociedad” para el derecho mercantil es “plurívoco”, dado que posee significaciones en una teoría de tres círculos concéntricos. La primera que el contrato de sociedad en sentido estricto, que hace referencia al que celebran dos o más personas para desarrollar una actividad con ánimo de lucro, es decir, para obtener beneficios repartibles entre los socios; aunque la sociedad de capital “sociedad unipersonal” no se constituye por un contrato (no es un contrato) sino por “acto unilateral”, aunque debería decir “negocio”, para el caso de los sistemas jurídicos que admiten este tipo de sociedad. Segundo, un concepto amplio de sociedad incluye todas las “agrupaciones voluntarias de personas”. Un reputado sector doctrinal, expresa el autor citado, que unifica todas estas figuras bajo la noción de “sociedad en sentido amplio”, importada del Derecho positivo germánico, un “supraconcepto” de “sociedad”, definida como “agrupación voluntaria de Personas para cualquier fin común, caracterizada, por tanto, no por el fin o causa, sino por la organización corporativa”, y por último sentido, hay un concepto amplísimo de sociedad, entendida como cualquier “entidad jurídica privada”.

¹⁷ Francisco. Vicent Chuliá, *Introducción Al Derecho Mercantil.*, ed. Editorial Tirant Lo Blanch, 24| (Valencia, 2022), 744–45.

Esta noción abarca a todas las entidades jurídicas a las que el Derecho comunitario reconoce la libertad de establecimiento y prestación de servicios es decir “las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”, a todas las entidades cuyos beneficios están sometidos al Impuesto sobre Sociedades como “contribuyentes” del mismo, y a todas las entidades a las que se aplican como sujetos pasivos los “delitos societarios”, esto de acuerdo al sistema de derecho europeo. Para el caso de El Salvador, el Art., 17 del Com., reconoce una un sentido estricto de Sociedad Mercantil, como sujeto del derecho mercantil o comerciante social, al constituirle en la entidad jurídica resultante del contrato solemne celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse.

1.2.2 Características.

En este apartado se hace referencia a las características comunes de las sociedades Mercantiles que les son aplicables a los dos tipos de sociedades fundamentales de acuerdo a nuestra legislación mercantil: las sociedades de Personas y las Sociedades de Capital.

Primero, como expresa el autor DIAZ BRAVO¹⁸, “se trata, en resumen, de PERSONAS, y que tal personalidad configura una ficción legal, impuesta por la necesidad de que actúen más allá de la personalidad de sus socios, con un patrimonio y una capacidad propios, se desenvuelven con una lógica y obligada *capitis demtnutio*”. Con diferencias claras con las personas naturales, pues a pesar de que tienen nacionalidad, no pueden ser titulares de derechos políticos; aunque tienen un domicilio, éste no es propiamente una dirección como la de las personas, por ello, para diferenciarlas de estas últimas, se les conoce como persona morales

¹⁸ Díaz Bravo, *Derecho Mercantil*, 218.

o jurídicas que, aunque dotadas de capacidad jurídica, la misma está reducida por su objeto social.

Toda sociedad mercantil posee presupuestos de constitución, como parte de sus elementos indispensables para su existencia formal y en formación. Los presupuestos de constitución y existencia de una sociedad mercantil son de dos tipos: humanos, que actuarán directamente o a través de otras personas morales, y patrimoniales, los primeros serán los socios y los segundos constituirán el capital social, tal como comenta el autor citado¹⁹, “Obviamente, los futuros socios deberán estar animados de un propósito común y decididos a encomendar su realización al nuevo ente social, a través de sus administradores. Y aunque estas sociedades son hechura del comercio, el propósito de obtener utilidad o ganancia a través de ellas es implícito, pero nunca explícito, pues no configura cláusula estatutaria alguna,” esto, ante la conformación personal de las sociedades mercantiles.

Toda sociedad mercantil produce efectos sobre sus socios, a lo que el citado autor acuña la expresión latina “*Affectio societatis*”²⁰, y que con tal expresión latina se denotan tres de los principios o notas propias de las sociedades mercantiles: La igualdad entre los socios que en este caso tiene solamente efectos jurídicos, no así numéricos o patrimoniales. Con ello se quiere significar que no existe relación de subordinación entre los socios: todos tienen derecho de voto y de participar en las deliberaciones, a lo menos en las asambleas o juntas de socios. Luego, también implica el derecho de todos los socios a percibir utilidades, pero también el deber de soportar las pérdidas en proporción al valor exhibido de sus aportaciones o de las responsabilidades adquiridas desde su incorporación a la Sociedad, y, por último, expresa el autor, la “*affectio societatis*” se extiende también a las obligaciones de los socios frente a la sociedad, la principal de las cuales es la de efectuar sus aportaciones.

¹⁹ Ibid., 219.

²⁰ Ibid.

Toda sociedad mercantil, tal como constituye su propia naturaleza diferenciadora de otras personas jurídicas, poseen un fin común: el ánimo de lucro, al respecto el citado autor²¹ expone que, en la práctica, así como en la doctrina y en la ley, esto es conocido como su objeto social, y que es la actividad o conjunto de actividades que los socios se proponen realizar a través de la sociedad.

Ante lo cual, de acuerdo a lo estipulado en el Com., las características comunes aplicables a las Sociedades de Personas y de Capital son las siguientes: Régimen de Capital Variable como dispone el artículo 306 del Com., Aumento de Capital Social, como disponen los artículos 30, 173 y Siguintes, 306 Com., (Derecho de Tanteo). Disminución de Capital Social como dispone el artículo 30, 181 del Com., (Derecho de Oposición). Disolución de Sociedades como dispone el artículo 18 del Com., (Diligencias de Fijación de Plazo). Liquidación de Sociedades, agregando la frase "en Liquidación", el plazo que debe de practicarse la liquidación no podrá durar más de cinco años, puede ser liquidación judicial o extrajudicial, como dispone el artículo 326 del Com., Fusión y Transformación como dispone el artículo 315 y 322 del Com., y finalmente el aspecto común a ellas referido a las Sociedades Nulas o Irregulares, y las Sociedades de Hecho.

Cualquier tipo de sociedad puede optar por el régimen de Capital Variable, que implica que, al adoptarse, el capital variable el capital puede aumentarse, por aportaciones posteriores o admisión de nuevos socios, como disminuirse por el retiro parcial o total de aportaciones. Para ello debe de añadirse a la razón social o denominación de la sociedad las palabras "Capital Variable" o su abreviatura "C.V.", debiéndose expresar en la Escritura de Constitución las condiciones que se fijen para el aumento y disminución del capital. Así, todo aumento o disminución del capital únicamente debe de registrarse en el libro que al efecto llevará la sociedad. De esta manera, no es necesario el otorgamiento de escrituras de Aumento o Disminución del Capital, el cual debe de inscribirse en el Registro de Comercio.

²¹ Ibid., 220.

En términos generales por capital social debe entenderse la totalidad de los bienes pertenecientes a una sociedad mercantil. De modo particular, la masa de bienes en la cual se constituye y la que ulteriormente se amplíe, para desenvolver sus actividades y responder en su caso de las obligaciones. El Haber Social de una sociedad, por tanto, es el capital social más las utilidades acumuladas, o el capital social menos las pérdidas acumuladas. En breves palabras el patrimonio real de la sociedad. En las sociedades de capital fijo, el capital no debe de modificarse sino modificando la escritura social, ya sea aumentándolo o disminuyéndolo, previo consentimiento de los socios.

Se aumenta el capital social; a) Por nuevos aportes hechos por los socios originales o por otros que ingresan; b) Por la cancelación de deudas sociales, merced a la adjudicación de participaciones de capital a los acreedores; c) Por medio de capitalización de utilidades, es decir, fondos que se encuentran en cuentas de reserva se trasladan a la cuenta capital, aumentando las participaciones de los socios en la proporción resultante de las disposiciones que regulan el reparto de utilidades; y, d) Por la reevaluación del patrimonio. o sea, bienes que forman parte del activo social han aumentado de valor por la plusvalía de los mismos. La disminución del capital puede hacerse: a) Devolviendo a los socios parte de sus aportes; y: b) Aplicando parte del capital a la amortización de pérdidas. Por la disminución de capital: como es obvio, no es bien vista por los acreedores de la sociedad, como por la comunidad mercantil. Por ende, tal reducción no sólo deberá publicarse, sino que, dentro de los 30 días de la publicación, cualquier interesado puede oponerse a la disminución, con lo cual se garantizan los intereses del público. La oposición, caso tener lugar, se sustanciará y decidirá en juicio sumario. Tanto la reducción como el aumento del capital social, deberán publicarse en el D.O., y en un diario de circulación nacional. por tres veces en cada uno y en forma alterna como dispone el artículo 486 del Com.

1.2.3 Clasificación.

Doctrinalmente, y que también remota nuestra legislación mercantil, las sociedades pueden ser de Personas o de Capital. La primera de ellas, como manifiesta DIAZ BRAVO²² es una clasificación, que atiende a la importancia de la exteriorización o no de los socios. Se dice, en el primer caso, que son sociedades de personas o “*intuitu personae*”, pues en ellas tan importante es el conocimiento de que se está en presencia de personas morales, como de la identidad de sus socios en razón de los atributos pecuniarios y personales de los mismos, y las Sociedades de Capital, se trata de sociedades “*intuitu capitales*”, estas sociedades se ajustan a un formato estructural apropiado para conjuntar capitales y, por lo mismo, para acometer grandes empresas, donde en estas sociedades poco importa la identidad y cualidades de los socios, aspectos difíciles de controlar dado su usualmente gran número, pues la que realmente se busca son sus aportaciones económicas; y que se ve claramente representada en la Sociedad anónima.

Para la autora SOYLA LEON TOVAR²³, las sociedades mercantiles pueden clasificarse atendiendo a tres puntos de vista. Conforme al fin que persiguen, las sociedades pueden ser lucrativas y no lucrativas; las lucrativas son las sociedades cuyo objeto es precisamente el lucro, en tanto que no lucrativas son aquellas que no persiguen fines de lucro, como la sociedad cooperativa y las mutualistas. Por la responsabilidad de los socios, pueden ser sociedades de responsabilidad limitada (como la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada), sociedades de responsabilidad ilimitada, como la sociedad en nombre colectivo, y sociedades con responsabilidad mixta, donde cuando menos un socio responde de manera ilimitada, solidaria y subsidiaria de las deudas sociales y otro (u otros) lo hace en forma limitada (como en las sociedades en comandita). Y de acuerdo con el carácter personal del socio son sociedades personales (colectiva, comanditas, cooperativas y mutualistas), sociedades de capitales o capitalistas, mixtas y de interés social.

²² Ibid., 222.

²³ Soyla Leon Tovar and Hugo Gonzalez Garcia, *Sociedades Mercantiles e Introducción Al Derecho Mercantil*, ed. University Press Oxford, 2° (Mexico D.F: Oxford University Press, 2019), 306.

Desde el punto de vista legal, el art., 18 del Com.,²⁴ clasifica a las Sociedades Mercantiles en dos grandes grupos que a su vez subdivide en otros más, el cual dispone que las sociedades se dividen en sociedades de personas y sociedades de capitales; ambas clases pueden ser de capital variable. Son de personas: Las sociedades en nombre colectivo o Sociedades Colectivas. Las sociedades en comandita simple o sociedades comanditarias simples y Las sociedades de responsabilidad limitada. Son de capital: Las sociedades anónimas y Las sociedades en comandita por acciones o sociedades comanditarias por acciones.

Las Sociedad en nombre colectivo o sociedades Colectivas: Es aquella que se constituye bajo razón social la cual se formará con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos, se añadirán las palabras “y compañía” u otras equivalentes. Todos los socios responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales, por ello, todos los socios tienen derecho a participar en la administración de los negocios de la sociedad, pudiendo delegar sus facultades administrativas en uno o varios administradores, que sería el que representará legalmente a la sociedad. Su capital se integra por cuotas o participaciones de capital, que pueden ser desiguales.

Las Sociedad en comandita simple o sociedades comanditas simples: Es aquella que se constituye bajo razón social, el cual se formará con el nombre de uno o más comanditados y cuando en ella no figuren los de todos éstos, se le añadirán las palabras “y compañía” u otras equivalentes. A la razón social se le agregarán siempre las palabras “Sociedad en Comandita” o su abreviatura “S. en C”, si se omite esto último, la sociedad se considerará como sociedad colectiva. Este tipo de sociedad tiene dos tipos de socios: Los socios comanditados, son los que responden de manera ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales y tienen derecho exclusivo a administrar la sociedad, pudiendo delegar sus facultades administrativas en uno o varios administradores, que sería el que representará

²⁴ Código de Comercio de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970)

legalmente a la sociedad. Sólo son sus nombres los que figuran en la razón social, y los socios comanditarios, son los que solamente responden frente a los acreedores sociales con el valor de sus aportes, no pudiendo intervenir en la administración social, salvo el derecho de examinar los documentos de la sociedad en los momentos fijados en la Escritura de Constitución, pudiendo así solicitar el rendimiento de cuentas a la administración de la sociedad. Sus nombres no figuran en la razón social. En la escritura debe de expresarse quienes serán socios comanditados y comanditarios.

Las Sociedad de Responsabilidad Limitada: Es aquella que se constituye bajo razón social (se forma con el nombre de uno o más socios) o bajo denominación (se forma libremente siempre que sea distinta a la de cualquier sociedad existente), la cual debe de ir inmediatamente seguida de la palabra "Limitada" o su abreviatura "Ltda". La omisión de esto último hará responsables solidariamente e ilimitadamente a todos los socios. Ya que este tipo de sociedad se caracteriza de que los socios responden de manera LIMITADA, es decir que los socios responden de las obligaciones sociales adquiridas únicamente con su participación social y no con sus propios bienes.

Sociedad en Comandita por Acciones: En aquella que se constituye bajo razón social que se forma con los nombres de uno o más socios comanditados, seguidos de las palabras "y compañía" u otras equivalentes, a la cual se le agregarán las palabras "sociedad en Comandita" o su abreviatura "S. en C".

Las sociedades en comandita por acciones, los socios comanditados responden ILIMITADAMENTE de las obligaciones sociales y los socios comanditarios sólo están obligados en el límite del valor de sus acciones. El capital social se divide en acciones, de las cuales cada uno de los socios comanditados suscribirán una por lo menos. Las acciones de los comanditados serán nominativas y no podrán transferirse sin el consentimiento unánime de los socios de su clase y de la mayoría absoluta de los socios comanditarios. Los socios comanditados podrán suscribir

otras acciones, además de las acciones nominativas, las cuales serán en todo iguales a las de los comanditarios. La característica de este tipo de sociedades, es que son los socios comanditados lo que están obligados a administrar la sociedad. Independientemente de sus dividendos, tendrán derecho a la parte de las utilidades que se fije en el pacto social, y en caso de silencio de éste, a una cuarta parte de las que se distribuyan entre todos los socios. Este tipo de sociedad se rige por las reglas relativas a la sociedad anónima, salvo lo dispuesto en su capítulo pertinente, por lo tanto, todo lo relacionado al capital mínimo, administración de la sociedad y vigilancia de la misma, se le aplica lo dicho regulado para la sociedad anónima.

Las Sociedad Anónima: Es aquella que se constituye bajo denominación, la cual se formará libremente sin más limitaciones que la de ser distinta a cualquiera otra sociedad existente e irá inmediatamente seguida de las palabras “Sociedad Anónima” o su abreviatura “S.A.” La omisión de lo anterior acarrea responsabilidad ilimitada y solidaria para los accionistas y administradores, ya que los socios de este tipo de sociedad responden a las obligaciones sociales contraídas únicamente con el valor del aporte que hayan hecho en la misma. De esta se dedicará más ampliamente su estudio, dada su importancia practica en el trafico del comercio en la sociedad salvadoreña.

1.3 Sociedades de Capital.

1.3.1 Definición y caracterización.

En este tipo de sociedades, como se expresó anteriormente, la relación social es sobre la base de las aportaciones de los socios. En este sentido, la ya citada autora LEON TOVAR²⁵ expresa que, son sociedades que se constituyen básicamente con una denominación social en la cual sus socios limitan sus obligaciones al pago de sus aportaciones. En estas sociedades lo que interesa es el capital aportado por el Socio y no la persona del socio. A diferencia de las sociedades personales, las

²⁵ Tovar and Gonzalez Garcia, *Sociedades Mercantiles e Introducción Al Derecho Mercantil*, 308.

sociedades de capitales, como la sociedad anónima, constituyen entes sociales en los que el carácter o las incidencias en que incurra el socio es irrelevante, pues lo fundamental es su aportación y en función de ella se toman en consideración los derechos de voto, de asignación de dividendos y los demás derechos económicos y corporativos dentro de la Sociedad, y se decide la vida social y su administración, por lo que, a mayor aportación, mayor número de votos y de participación en las utilidades de la sociedad, de acuerdo a la legislación que se trate. Lógicamente, expresa la autora, que estas sociedades no son *intuitu personae*, en tanto que no importa la habilidad personal de sus socios, sino la cuantía de su aportación: la transmisión de sus acciones es por regla general libérrima; la administración puede ser par extraños, pues la gestión no tiene por qué recaer en los socios, ya que se puede contratar a un profesional para ello. La limitación de responsabilidad de las sociedades de capital no ha sido ningún obstáculo para su desarrollo, ya que las sociedades de capital ofrecen, paradójicamente, más confianza (aunque quizá menos garantías) o alicientes para la contratación con los terceros que las sociedades de personas, no obstante que en estas la responsabilidad ilimitada obliga a los socios a responder por ellas con todos sus bienes, pues no cabe duda de que la sociedad anónima sigue siendo hoy la sociedad más utilizada, no solo por la limitación de responsabilidad de sus socios, sino por la facilidad de la transmisión de sus acciones.

Las sociedades de capitales son una especie de sociedades por acciones que se caracterizan: 1) La confianza personal entre los socios o accionistas no es elemento de la voluntad de asociarse; por ende, las participaciones sociales son objeto de traspaso sin necesidad de la aprobación de los consocios; 2) Permite la documentación de la participación social mediante títulos valores, que reciben el nombre de acciones; 3) Vista la facilidad de circulación de los títulos valores, ha sido necesario reglamentar el valor de las participaciones sociales; de ahí que el capital social se divide en partes alícuotas, cada una de las cuales está documentada por una acción; 4) Este tipo de sociedades no admite la existencia de socios industriales; y, 5) La responsabilidad de los accionistas está limitada al valor de sus

acciones. Los accionistas están obligados a pagar el valor de las acciones que hayan suscrito, cuando venzan los plazos pactados, empero, si la sociedad no tuviere recursos suficientes para hacer frente a sus obligaciones para con terceros, podrá la junta general acordar que las cantidades necesarias para el pago de las obligaciones sociales sean aportadas por los accionistas que no hayan pagado aún las acciones suscritas por ellos, anticipando los plazos del vencimiento. En este caso, todos los accionistas que adeuden parte del valor de su suscripción: quedarán obligados a prorrata de lo adeudado y la cuota del insolvente gravará a los demás dentro de los límites de lo ádeudado por cada accionista. En caso de quiebra de la sociedad, los plazos concedidos para el pago de las cantidades que adeuden los suscriptores, se presumirán vencidos.

1.3.2 Clasificación.

Nuestra normativa mercantil, tal como ya se ha señalado, dispone que son dos tipos en las que se subdivide las sociedades de capital: Las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones. De la primera se desarrollará más profundamente en un apartado especial más adelante, por lo que puntualizando sobre la segunda la sociedad en comandita por acciones es una forma mixta, pero contiene elementos de sociedad de personas y de sociedad de capitales. Los socios comanditados que responden ilimitadamente tienen el derecho de administrar la sociedad, representan el elemento personal; y los socios comanditados que son accionistas y responden en el límite de sus acciones sin derecho a administrar, representan el elemento de capital. Hay un principio general: en las sociedades comanditarias son elementos distintos la Sociedad en Nombre Colectivo y la Comandita de Fondos.

Por lo tanto, dicho principio tiene una exacta aplicación en la sociedad en examen. La sociedad en comandita por acciones se constituye razón social que se forma con los nombres de uno o más socios comanditados, seguidos de la palabra "y compañía" u otras equivalentes. A la razón social se agregarán las palabras

"sociedad en comandita", o su abreviatura "S. en C", Esta sociedad se regirá por las reglas relativas a la sociedad anónima, salvo lo dispuesto en contrario. Cualquiera estipulación que restrinja la responsabilidad de los comanditados, no tendrá valor respecto de terceros. El capital social estará dividido en acciones, de los cuales cada uno de los socios comanditados suscribirá una por la menos. Las acciones de los comanditados serán nominativas y no podrán transferirse sin el consentimiento unánime de los socios de su clase y de la mayoría absoluta de los comanditarios.

1.3.3 Sociedad Anónima.

1.3.3.1 Concepto y Caracterización.

La importancia de la sociedad anónima y su significación actual importante²⁶, como prototipo de sociedad capitalista ha sido en los últimos tiempos muy superior a la de cualquier otra forma social. “La razón de su éxito y desarrollo, experimentado sobre todo durante los siglos XIX y XX al ser vehículo del progreso e instrumento apropiado para las grandes obras públicas y las empresas comerciales o industriales, se debió a los dos grandes rasgos que la caracterizan: la división del capital en acciones, que son fácilmente transmisibles y permiten la diversificación del riesgo, y la no responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad”, que propicia su realización en la sociedad actual con mayor facilidad y masificación. “La sociedad anónima es el prototipo de sociedad capitalista”²⁷. Donde en principio, no se cuenta la persona del socio, sino lo que aporta éste a la Sociedad. Esa indiferencia, de quién sea el titular de los derechos de socio se facilita gracias a la incorporación de tales derechos a acciones que, tratándose de títulos-valores llamados acciones, tienen la consideración de valores mobiliarios que se transmiten fácilmente de acuerdo a lo establecido en la escritura social, al restringir, mediante alguna cláusula, la transferibilidad de las acciones.

²⁶ Guillermo Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno, *Lecciones de Derecho Mercantil*, ed. Tecnos Madrid, 21° (Madrid: Biblioteca Hernán Malo González, 2018), 285.

²⁷ *Ibid.*, 291.

La sociedad anónima, considerando nuestra legislación, es la sociedad tipo de capitales en oposición a la sociedad de personas. Podemos definirla, como la que existe bajo una denominación, con un capital social que se divide en acciones, que pueden representarse por títulos valores y que está compuesta exclusivamente de socios que sólo son responsables por el pago de sus acciones, y que, por lo tanto, no responden personalmente por las deudas sociales. Constituida bajo denominación se formará libremente sin más limitación que la de ser distinta de la de cualquiera otra sociedad existente e irá inmediatamente seguida de las palabras: "Sociedad Anónima", o de su abreviatura "S. A.". La omisión de este requisito acarrea responsabilidad ilimitada y solidaria para los accionistas y los administradores. Son características de la sociedad anónima. las siguientes: Existe bajo una denominación (distinta de la sociedad); Se compone de socios accionistas con responsabilidad limitada al pago de sus aportaciones; El capital se divide en acciones; y Las acciones pueden estar representadas por títulos valores, ya sea nominativos o al portador, prevista para respecto de nuestra legislación desde el artículo 191 del Com.

Sus características fundamentales son, respecto del número de socios: dos o más personas, a partir de lo dispuesto en el artículo 17 Inc., segundo del Com., respecto del capital social: legalmente está considerado como dos mil dólares como mínimo, de acuerdo al artículo 192 del Com., aportándose materialmente por lo menos el cinco por ciento del capital con el que se constituye, respecto de las acciones: estas son los títulos de acuerdo al artículo 144 del Com., estableciendo que la Acción es el título que acredita la calidad de accionista, donde el Art., 146 especifica la necesidad de la presentación de este título para el ejercicio de los derechos que se derivan de la calidad de accionista en relación al artículo 164 del Com., que indica que para la sociedad anónima es accionista quien se encuentre en el libro que para el efecto se lleva, además el artículo 654 del Com., indica que los actos jurídicos realizados sobre los títulos valores llamados acciones deben estar inscritos en el libro que para el efecto lleva la Sociedad, y el artículo 655 del Com., que establece que en caso de transmisión y constitución de derechos reales sobre las acciones se

determina la necesaria notificación a la Sociedad emisora y la inscripción en el mencionado libro que al efecto lleva la Sociedad, respecto de la responsabilidad: ésta permite limitar el riesgo hasta el valor de las acciones que se hayan suscrito dentro del capital social, de acuerdo al artículo 127 del Com., y por último, respecto de la administración de la Sociedad Anónima: el artículo 254 del Com., determina que puede estar administrada o no por accionistas, por uno o más directores, haciéndose referencia en el primer caso a la administración unipersonal (administrador único) y el segundo de los casos, se está en presencia de la administración colegiada o mediante una junta directiva.

1.3.3.2 Modalidades de Uso.

El primer escenario es el que se refiere a la SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA, que es aquella en la que los accionistas han decidido que el fondeo de la sociedad se lleve a cabo a partir de los propios fondos o las propias aportaciones que puedan realizar los accionistas, evitando que la sociedad acuda al mercado de capitales en busca del financiamiento o en busca de fondeo. Luego, encontramos la SOCIEDAD ANÓNIMA FAMILIAR, estas sociedades se articulan a partir de los acuerdos o los protocolos familiares, o los denominados "*pactos parasociales*", que otorgan los accionistas con el propósito de orientar el sentido del voto antes de instalar las asambleas generales, la tercera posibilidad de uso de la sociedad anónima está reservado para las SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 2 SOCIOS o de 2 accionistas en este caso los dos socios disponen dividirse el capital social 50% y 50%, lo que hace suponer que entre ellos existe un verdadero acuerdo a fin de llevar adelante el funcionamiento orgánico de la sociedad.

Luego encontramos las SOCIEDADES ANÓNIMAS UNIPERSONALES, para los escenarios jurídicos en los que está permitido constituir este tipo de sociedades que no es el nuestro. Las sociedades unimembres son las que se puedan constituir de esa forma, con un único socio o accionista, pero debemos reconocer que el Com., de El Salvador ha reconocido la sociedad de un solo socio únicamente desde la

interinidad o desde las transitoriedad, conforme a lo que dispone el artículo 357 de dicho cuerpo legal, que indica que la sociedad de un solo socio puede existir pero solo durante 3 meses, con la intención de que durante ese plazo la sociedad vuelva a regularizarse en caso contrario debe de considerarse que la sociedad ha caído en el terreno de la sociedad irregular, constituida conforme a lo que indica la ley pero funcionando contraria a las normas legales.

1.3.3.3 Elementos.

Es importante destacar tres elementos en las sociedades anónimas: el primero de ellos se refiere al capital, en este escenario resulta importante considerar en principio qué es el capital social tiene tres funciones, una que es económica que está orientada a permitir financiar el objeto social que ha dispuesto la sociedad llevar a cabo en su escritura constitutiva, en segundo lugar está la función de determinación de la posición del socio dentro de la sociedad lo que ocurre justamente al instalarse las asambleas generales a efecto de determinar cuál es la posición del accionista una vez que se pueda identificar justamente cuál es el aporte que él ha realizado.

Luego está la función de garantía, esta tiene como finalidad garantizar que los terceros que contratan con la sociedad cuentan con una garantía frente a la insolvencia la sociedad y esa garantía la constituye el capital social, en efecto que estamos en presencia de la consideración de que la sociedad responde de forma ilimitada con todo su patrimonio frente a las deudas, pero que él que alimentado la responsabilidad es el accionista que en ella participa.

El otro aspecto es el que se refiere a las acciones que justamente representan el capital social. Otro elemento determinante dentro de la sociedad anónima es la responsabilidad, porque justamente esta responsabilidad se limita al valor de las acciones que se hayan suscrito dentro de la misma. El capital Social es uno de los elementos detonantes dentro de la sociedad anónima importa establecer una

diferencia puntual entre ese capital social y el patrimonio, a partir de que el capital social se mantiene inalterado a diferencia del patrimonio que puede experimentar un aumento o una disminución con el tiempo porque el patrimonio está referido a los activos de la sociedad, en cambio el capital social viene referido a la cantidad o al valor dispuesto en la escritura constitutiva, donde el capital social está representado por la suma del valor establecido en la escritura de constitución, eso implica que estamos frente a un requisito legal, frente a una exigencia de la ley porque la sociedad debe establecer en la escritura constitutiva Cuál es su capital social y este capital social permanece inalterado excepto que la sociedad a través del órgano correspondiente que es la junta general de accionistas tomó la decisión de aumentarla o disminuirlo y luego modificar la escritura constitutiva cuando estamos en presencia de un la sociedad de capital fijo, o en todo caso el aumento disminución del capital tiene que pasar por una serie de requisitos establecidos por la ley.

El patrimonio en cambio es el conjunto de bienes y derechos propiedad de la sociedad variables en su valor con el tiempo, porque que se trata de los activos de la sociedad y como consecuencia el desenvolvimiento económico de la sociedad al impactar en los bienes que ella posee, donde el patrimonio puede ser libremente administrado por la sociedad a partir de que el patrimonio no es la garantía frente a los terceros la garantía frente a los terceros la constituye como antes hemos dicho el capital social y en eso radica la importancia de establecer su diferencia.

1.3.3.4 Formas de Constitución.

Las formas de Constitución de la sociedad anónima que están dispuestas por la ley, en principio el artículo 192 del Com, se refiere a la constitución simultánea que es aquella en la que la escritura constitutiva se otorga sin tramitación previa, justamente porque los accionistas tienen el capital para darle origen a la sociedad o por lo menos tienen el 5% que la ley ha requerido para que pueda constituirse la sociedad, la otra forma de constituir sociedad anónima está en el artículo 197 del

Com., que sea referido a la suscripción sucesiva o por suscripción pública, que es aquella donde los promotores, es decir, las personas que tienen la idea de constituir una sociedad para un negocio determinado hace un llamamiento público a todo aquel que desee participar en esta sociedad, estos escenarios permiten advertir que un inversionista no va a someter a riesgo una cantidad de capital importante y que por ello los accionistas fundadores lo que hacen es otorgar un programa o un proyecto de constitución de sociedad que se deposita en la superintendencia de obligaciones mercantiles y luego en el registro de comercio para poder comenzar a hacer las invitaciones públicas, resumiendo entonces que hay dos formas de constituir las sociedades anónimas, aquellas denominadas o consideradas como constitución simultánea y las que son por suscripción sucesiva, siendo las primeras son las que mayoritariamente se utilizan en nuestro sistema jurídico societario Salvadoreño.

Las figuras societarias reguladas en la Ley se proponen como finalidad primordial dar cauce a la aspiración fundamental del sujeto jurídico de agruparse con otras personas, mediante técnicas diversas de agregación y organización de esfuerzos colectivos, para promover en común la realización de fines predominantemente económicos y de esta suerte potenciar y ampliar las actividades individuales. A través de estos esquemas organizativos, por medio de la Constitución de Sociedades o pacto social, el Derecho de sociedades hace posible aumentar la capacidad individual de trabajo, incrementar los recursos económicos y dividir los riesgos. Como organizaciones técnico-jurídicas de colaboración, las sociedades anónimas son fórmulas destinadas a satisfacer intereses individuales dignos de tutela, en cuanto son comunes a una pluralidad de personas. El Derecho de sociedades constituye por consiguiente un complejo normativo, cuyo cometido básico es poner a disposición de los operadores económicos técnicas de organización de tareas colectivas o, como se ha dicho de forma certera, una «tecnología de la organización.»²⁸, por medio de sus diversas formas de

²⁸ Luis Fernandez De La Gandara, *Derecho de Sociedades, Volumen 1.*, ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2010), 33.

constitución, cuya violación, evidentemente, propicia responsabilidades contractuales, que se adquirieron al momento de suscribir el acuerdo social. Responsabilidades de los socios entre sí, y de éstos para con la Sociedad.

En cuando se habla de la fundación de la sociedad por acciones estamos en presencia del ministerio del nacimiento de la entidad corporativa, pues cuando acuden los fundadores ante el fedatario público (notario) y firman la escritura constitutiva, dan nacimiento a una personalidad jurídica independiente de quienes la conformaron, que alcanzará su plenitud con la inscripción en el Registro Público de Comercio y que tendrá como efecto importante para sus socios, la limitación de su responsabilidad al importe de sus aportaciones.²⁹

Con la expresión “pactos”, expresa LEON TOVAR, se alude al género de los acuerdos, cláusulas, contratos y convenios en general estipulados por los accionistas entre sí y/o con terceros, incluyendo la sociedad y sus órganos de administración y de vigilancia, respecto de los derechos y obligaciones de los socios como tales, con el fin de regular, integrar, precisar o modificar el régimen jurídico de sus relaciones entre sí, con la sociedad, con sus órganos sociales, o con terceros, así como la organización y funcionamiento de dicha persona moral,³⁰ en los casos en los que la ley no lo hace, no concede, no suprime, no limita o no privilegia por el mero hecho de constituir el ente social o ser socio de una sociedad, sino que se requiere la voluntad de los socios que se manifieste en tal o cual sentido, ya sea en los estatutos sociales (cláusulas o pactos estatutarios) o fuera de ellos por pacto separado (pactos parasociales), cuyo violación, definitivamente deviene en responsabilidad contractual.

Los pactos societarios, tanto los incorporados en los estatutos sociales fundacionales o reformados de la sociedad, pactos estatutarios, como los parasociales que no constan en los estatutos sociales, sino en documento externo,

²⁹ Soyla H. León Tovar, *Pactos de Los Socios de La Sociedad Anonima*, ed. Tirant Lo Blanch, 2° (Mexico D.F, 2017), 27.

³⁰ *Ibid.*, 63.

fuera de tales estatutos (pactos parasociales o extra estatutarios), tienen como causa, o se relacionan, a la sociedad de la que algunas o todas las partes del pacto son socios, de ahí su denominación de pactos societarios. En ambos casos, se trata de acuerdos relacionados con la sociedad o acuerdos con los socios de la sociedad, por los cuales se establece la regulación privada de ésta, por eso aludimos a pactos societarios, ambos presentan un elevado grado de conexión con el contrato social, se dirigen a influir en la vida societaria , aunque los pactos estatutarios se insertan en los estatutos y son obligatorios para la sociedad y todos los accionistas, mientras que los parasociales, permanecen al margen y en principio solamente obligan a las partes que en intervienen en ellos, dentro de los cuales pueden estar involucraos terceros, por ejemplo en un pacto parasocial en el cual se conviene la cesión del derecho de suscripción preferente en favor de un tercero y éste paga por ello un precio y se convierte en socio de referencia; sin embargo, cuando menos una de las partes del pacto es o está integrada con uno o varios socios de la sociedad objeto, según la clase de pacto.

Estos pactos se dirigen directamente a influir en la vida societaria, aunque los pactos estatutarios se insertan en los estatutos sociales y son adoptados por los accionistas, en tanto que los parasociales, permanecen al margen de los mismos y además conceden derechos o imponen obligaciones a los socios o a terceros, de acuerdo a lo que concede la Ley y la libertad contractual.

1.3.3.5 Órganos de Gobierno Corporativo.

La sociedad anónima como ente jurídico con vida propia se desenvuelve a partir de la regulación de la existencia de un sistema orgánico dispuesto por la ley. En primer lugar abordaremos las clases de órganos, en segundo lugar el esquema orgánico, para concluir con las convocatorias. Por lo que, el órgano de decisión y deliberación de la sociedad anónima dispuesto en el artículo 220 del Com., se dispone que la junta general es el órgano superior dentro de la sociedad y en efecto porque es al que le corresponde decidir y deliberar dentro de la sociedad, manifestando la

voluntad del propio ente social. En segundo lugar está el órgano orientador de la administración, conforme los artículos 154 y 256 del Com., este órgano puede estar conformado por una junta directiva en cuyo caso estamos en presencia de un órgano colegiado o estar encargada a un administrador único, en cuyo caso sería una administración unipersonal, lo importante con relación a este órgano es que le corresponde la gestión o administración de la empresa social, En tercer lugar tenemos que considerar el órgano dispuesto en el artículo 260 del Com., identificado como órgano de ejecución y de representación, qué puede ser el administrador único o en el órgano colegiado, ha de ser el presidente de la junta directiva, a este órgano le corresponde ejecutar la voluntad de la sociedad, en otros términos, es decir, la representación judicial, la representación extrajudicial y el uso de la firma social.

Por lo que hay tres escenarios legales que igualmente vale la pena entrar a considerar una vez que hemos advertido que estamos en presencia del órgano de ejecución, aspectos que igualmente debemos entender que no es un verdadero órgano, si se trata de la ejecución de los acuerdos o las decisiones de la sociedad, en primer lugar está la representación judicial dispuesta en el artículo 260 Inc., segundo del Com., la representación judicial de la sociedad puede ser delegada, una vez que la ley admite que el administrador único o la junta directiva según sea el caso, puedan delegar el ejercicio de la representación judicial en una persona que se encuentre autorizada para la procuración, es decir, en un abogado. Eso implicaría entonces que tengamos al representante legal que puede ser administrador único o presidente de la junta directiva y que tengamos igualmente a un representante judicial para llevar adelante la representación de la sociedad en sede judicial. En el segundo lugar, en el tema de la gerencia tenemos el nombramiento de Factor, y que ese factor viene designados por el órgano de administración, nada impide igualmente que lo designe el órgano de decisión y deliberación, sin embargo los gerentes son personas que están designadas para la administración de la empresa o de una sucursal o de una dependencia de la empresa y, por lo tanto, tienen funciones de representación de la sociedad aunque

en sí mismos no sean órganos y en tercer lugar está el ejecutor especial, conforme al artículo 225 del Com., donde dicho ejecutor especial es una persona designada por la propia junta general de accionistas para que lleve a cabo los actos que resulte necesario para el cumplimiento del acuerdo que esté órgano haya tomado.

Luego está el órgano de fiscalización conforme a lo establecido en el artículo 289 del Com., confiado a un auditor, que es la persona a quien le corresponde conforme al artículo 291 del Com., le corresponde llevar a cabo una serie de actividades que tienen como propósito advertir que la sociedad cumple con el ordenamiento jurídico dispuesto para su funcionamiento, temas que tengan que ver con la revisión de los libros, temas que tengan que ver con la instalación de las asambleas, y temas que impliquen el cumplimiento del ordenamiento jurídico le corresponde al auditor. Por último, hablaremos del Consejo de vigilancia, regulado en el artículo 294 del Com., designado justamente como consejo para la vigilancia del fiel cumplimiento de la normativa que se le aplica al ente jurídico, la ley indica justamente que la existencia de este consejo de vigilancia no exime la obligación de tener un órgano de vigilancia que es el auditor, de acuerdo al mencionado artículo. Respecto del esquema orgánico de la Sociedad Anónima, en primer lugar, están los órganos deliberante, en segundo lugar los órganos ejecutivos, y en tercer lugar los órganos de vigilancia. En los primeros, tenemos tres clases de juntas generales: la primera es la junta general ordinaria del artículo 223 del Com., donde se disponen las competencias.

Estas juntas se instalan para tratar asuntos rutinarios en la vida de la sociedad, como aprobación de balances estados financieros, estado de resultados, nombramiento de los administradores, nombramientos de auditorios, designación de los emolumentos de estos y reparto de dividendos, luego dentro de la junta general está la junta general extraordinaria o la junta extraordinaria conforme al artículo 224 del Com., esta se instala para tratar asuntos que no son rutinarios en la vida de la Sociedad, como por ejemplo la modificación del pacto social, o la emisión de bonos, etc., por ultimo encontramos dentro de las juntas generales, las juntas mixtas conforme al artículo 237 del Com. Es decir, que la junta general pueda ser

ordinaria y extraordinaria a la vez. Posteriormente se encuentra dentro del esquema de las sociedades anónimas, los órganos ejecutivos o administradores dentro de los cuales esta el Administrador Único, la junta directiva de la sociedad y los gerentes, que ejecutan la voluntad de la sociedad o son órganos que administran, pues por ejemplo con la junta directiva estamos en presencia del órgano de administración porque quién ejecuta los acuerdos es el presidente de la junta.

La gerencia es un factor, esto es, una persona designada para llevar a cabo la administración de la empresa y que por lo tanto asume representación de la sociedad. Posteriormente, en tercer lugar, están los órganos de vigilancia, de vigilancia interna que puede ser auditor interno y consejo de vigilancia, y la vigilancia externa que no forma parte de la sociedad sino del Estado, es decir, la superintendencia de obligaciones mercantiles y de la superintendencia del sistema financiero cuando la sociedad que se trata es una entidad que pertenece al sistema financiero. Referente a las convocatorias, conforme al artículo 228 del Com., son la forma de informarle a los accionistas de la celebración de una asamblea general, que puede ser como antes hemos dicho, ordinaria o extraordinaria, quiénes pueden convocar a ellas son los administradores, en segundo lugar están los auditores según lo dispuesto en el artículo 230 de Com., para llegar en tercer lugar al caso de los jueces como personas autorizadas para producir la convocatoria, donde tiene que ser a requerimiento o a solicitud de los accionistas conforme a los artículos 231 y 232 de Com., en el primer caso, la ley indica que los accionistas propietario de un cinco por ciento del capital social pueden solicitarle a la administración de la sociedad que convoque junta general de accionistas para que se traten los asuntos que vengan dispuestos en el escrito que se presenta al efecto, donde si luego de transcurrir 15 días de la presentación del escrito no se instala la asamblea que solicitan, estos accionistas que posean por lo menos el 5% del capital social pueden acudir el juez de comercio a solicitarle que convoca a junta general de accionistas, donde los accionistas titulares de una sola acción igualmente tienen derecho a solicitar la instalación de la asamblea general de la sociedad en dos casos particularmente uno de ellos es cuando han

transcurrido dos períodos y la sociedad no es instalado asamblea general de accionistas y el número dos es que aun habiéndose instalado asamblea general de accionistas en esos periodos no se ha dispuesto sobre los aspectos indicados en el artículo 223 del Com., es decir, no se han discutido y deliberado los asuntos que le corresponde aprobar y decidir a la asamblea general ordinaria.

Aunque desde la depresión económica de 1929 se había observado la necesidad de un buen gobierno para las sociedades (*Corporate Governance*), el término gobierno corporativo no fue acuñado sino en la década de 1980, ante la preocupación constante de algunos inversionistas y economistas por la actuación de ciertos administradores y directores de sociedades que maquillaban la contabilidad, ocultaban pérdidas, inflaban ingresos y constituían sociedades filiales con propósitos especiales sin consolidar sus resultados con los de la sociedad holding ni presentar la información financiera y contable de la sociedad de manera clara, completa ni transparente. A partir de entonces, se inicia el estudio generalizado de la forma en la que las sociedades son administradas y sus resultados, no sólo de sus finanzas ni del sistema operativo de administración, sino que se analizan los mecanismos internos y externos mediante los cuales se dirigen y controlan dichas corporaciones y cómo es que deberían ser gobernadas. Entonces se comienza a hablar de gobierno corporativo, como el sistema a través del cual las sociedades son dirigidas y controladas.³¹

A diferencia del buen padre de familia, que actúa por sentimientos o por instintos que lo pueden orillar a tomar riesgos desmedidos, innecesarios o confundir patrimonios por necesidad, por impulso, urgencia, sentimiento, cariño, desconocimiento u omisión, y que con todo ello dicho padre de familia considere que ese actuar fue lo mejor para la familia, de acuerdo a su entendimiento, cultura o educación, e incluso podría tomar decisiones que a su juicio son pertinentes pero que no necesariamente se ajustan a derecho; la actuación del administrador

³¹ Soyla H. León Tovar, *Gobierno Corporativo de Las Sociedades Anónimas*, ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2020), 119.

general, los consejeros, el director y los directivos relevantes debe cumplir otras exigencias jurídicas.³²

El administrador de sociedades debe actuar como un diligente y leal representante de un ordenado y prudente comerciante, lo que significa, con diligencia y con lealtad hacia la sociedad que representa; lo que implica realizar todos los actos y cumplir todas las obligaciones, contractuales y legales a que está obligada la sociedad de manera puntual, completa y legal, para no exponerla a sanciones, multas, desprestigio o responsabilidades, ni incurrir en responsabilidad frente a los accionistas o la propia sociedad. El directivo debe comportarse como un buen representante, cuidadoso, responsable y leal de un honesto y honrado comerciante; debe actuar como un representante informado, con prudencia, con transparencia, con confidencialidad y en el mejor interés de la sociedad, bajo riesgo de responder personalmente por los daños causados a la sociedad, a los accionistas y a terceros. Acorde con esta temática, nos encontramos con las fuentes de las obligaciones. Que, de acuerdo al Art., 945 Com., en relación al 1308 y siguientes del C.C., las fuentes de estas son: Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley. Estos en materia civil y mercantil significan lo siguiente: Las fuentes de las obligaciones, en sentido formal, son aquellos hechos en virtud de los cuales las obligaciones se originan y nacen creando un vínculo entre deudor y acreedor. El CC establece una enumeración de los hechos de los que nacen las obligaciones, la cual es fruto de la evolución histórica y la elaboración doctrinal. Las obligaciones, dice, nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos (delito y cuasidelitos) o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (faltas).

La doctrina reduce la enumeración de las fuentes de las obligaciones a una clasificación bimembre: la autonomía privada o poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas (contrato, relaciones contractuales de hecho, actos jurídicos mortis causa, voluntad unilateral) y la constitución heterónoma (actos

³² Ibid., 534.

administrativos y judiciales, obligaciones nacidas de la ley, etc.). En la actualidad, más allá de las obligaciones de origen legal, las dos grandes fuentes de las obligaciones son los contratos y los daños resarcibles.³³

Así las cosas, expresa el Com., en su art., 947 dice: “*Las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio,*” que establece la base mediante la cual deben realizarse las obligaciones contraídas en el ámbito del Comercio, como lo es, la administración de las sociedades mercantiles. El quebrantamiento de ello, tanto de las nacidas por convenio entre las partes, o por hechos ilícitos civiles o mercantiles de las personas involucradas en el comercio, da lugar a responsabilidad civil y mercantil derivadas de ello, temática que será abordada a plenitud más adelante.

1.3.3.6 Impugnación y suspensión de acuerdos.

En protección de los diversos intereses de la seguridad jurídica y en la seguridad del tráfico en la sociedad anónima un régimen especial de impugnación y oposición judicial a los acuerdos asambleario por causas de nulidad. En este régimen se establece, los requisitos, los plazos y los procedimientos. Este sistema está dividido en tres aspectos legalmente considerados: la Nulidad, la Oposición y la Suspensión de acuerdos asamblearios.

El Punto de partida para referirnos a este tema debe ser necesariamente la consolidación de que los acuerdos tomados en junta general de accionistas se presumen válidos mientras judicialmente no se declara su nulidad. Desde el punto de vista doctrinario los acuerdos pueden violar la ley o pueden violar los estatutos, sin embargo, esta es la forma en la que el Com., le ha brindado atención a la nulidad de los acuerdos asambleario:

³³ Francisco de Paula Blasco Gascó, *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de Las Obligaciones.*, ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2017), 30.

En primer lugar, el artículo 248 del Com., que se refiere a la nulidad de los acuerdos asambleario, donde se establece que un acuerdo es nulo cuando la sociedad carezca de capacidad legal para adoptar, por no estar comprendidos en la finalidad social, importa destacar en este caso que el aspecto relevante es la incapacidad en la que incurre la sociedad a partir de que toma un acuerdo distanciándose de lo que indica la escritura constitutiva en la finalidad social, por ejemplo un acuerdo de compra de vehículos o para rentarlo cuando la finalidad de la sociedad es la venta de aires acondicionados. Sin duda estamos en la posibilidad de advertir que la sociedad no tiene capacidad para llevar a cabo esa actividad de renta de vehículos en la medida en que su escritura constitutiva dentro del objeto social no advierte es actividad económica.

En segundo lugar, el artículo 248 del Com., indica qué es nulo el acuerdo que tiene objeto ilícito o sea imposible o contrarios a las buenas costumbres. La ilicitud del objeto importa en este escenario porque es el que determina el propósito de la asamblea, si la asamblea tiene como intención adoptar una resolución que sea ilícita igualmente entraremos en la consideración de que el acuerdo es nulo, por ejemplo, si se toma un acuerdo social para que la sociedad venda un inmueble que se encuentra embargado, sin duda estaremos en esa circunstancia o estaremos en ese tipo de vicio que acarrea la nulidad.

Tercero, los acuerdos son nulos cuando infrinjan lo dispuesto en el Com., importa considerar en este escenario que nos referimos a una norma imperativa que por virtud del acuerdo tomado por la ley resulta infringido, un ejemplo podría ser el acuerdo social de aumento de capital sin que las acciones antes emitidas se encuentren pagadas, según el artículo 174 del Com. La ley indica que todo aumento de capital no importa necesariamente cancelar por completo las acciones que se encuentran emitidas, en este escenario se transgrede el artículo 174 del Com., dado que se dispone justamente con el propósito de que no se aumenta el capital mientras las acciones anteriormente emitidas no hayan sido pagadas.

En cuarto lugar, el artículo 148 del Com., indica que un acuerdo de asamblea de accionistas o un acuerdo de junta general de accionistas es nulo cuando por su contenido viole disposiciones dictadas exclusiva o principalmente para la protección de los acreedores, importa en este caso recordar que una de las funciones que tiene el social es la garantía frente a los acreedores de la sociedad, pues resulta que la sociedad no puede tomar acuerdos que vengan en detrimento del derecho de crédito que tienen los acreedores de la misma, por ejemplo, que la sociedad tomé un acuerdo de disminuir el capital social sin pagarle a los acreedores, esto importaría violación del artículo 182 del Com., básicamente dado que la regla es que la sociedad no pueda disminuir su capital si antes no le ha pagado a los acreedores, salvo las excepciones que establece la misma ley, con este análisis se ha considerado los distintos motivos que establece el artículo 248 del Com., por los que se puede iniciar una acción de nulidad generadas por los acuerdos de junta general de accionistas, por lo que debemos considerar que en todos estos casos existe legitimación activa para cualquier tercero que demuestre interés legítimo, y dos que en todos estos casos el acuerdo social no podría ser ratificado o no podría sanearse con el transcurso del tiempo, por considerarse una nulidad absoluta.

Dentro de los mecanismos de impugnación de los acuerdos sociales el Art., 250 del Com., a establecido la oposición judicial a los acuerdos asamblearios, estableciéndose que todo accionista puede formular oposición judicial a la resolución de una junta general en los casos siguientes, No., uno, por violación de un precepto legal o por violación de una de las cláusulas seccionadas en la escritura constitutiva o en los estatutos, y en segundo lugar está la consideración de que no debe tratarse de resoluciones sobre responsabilidad de los administradores, dado que dentro de la Administración pueden existir accionistas que formen parte de estos órganos y por supuesto y no debería permitírseles oponerse aquellos acuerdos en los que se les va a exigir responsabilidad, de tal suerte que es razonable la manera en la que el legislador a establecido el caso de la oposición judicial.

En estos escenarios de oposición debemos atender ciertos elementos, el elemento subjetivo representado particularmente por el accionista o cualquiera de los accionistas de la sociedad, el elemento objetivo que tiene en cuenta la verdadera oposición judicial a la resolución asamblearia y en tercer lugar el elemento formal, compuesto en primer lugar, acreditar la calidad de accionista presentando los títulos o los certificados de acciones que acreditan la calidad de accionista dentro de la sociedad, y en segundo lugar, no haber concurrido a la junta o si concurrió a la junta haber votado en contra de la resolución que se está impugnando, es importante que sí asistió a la asamblea general donde se tomó un acuerdo contra el que viene poniéndose el accionista, no debe haberse abstenido de votar, porque si ese es el caso entonces no está facultado para poder presentar oposición, pues debió o no haber asistido o sí asistió votar en contra para oponerse al acuerdo. Además, se señala la cláusula de la escritura de Constitución o el precepto legal que se ha infringido con el acuerdo con la resolución que viene siendo impugnada, luego esta que se debe expresar el motivo de la oposición, esto resulta importante este requisito formal porque no se trata de una formalidad que puede acarrear la nulidad, y en último lugar está relacionado que la acción de oposición no se refiera a resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de quienes tengan a su cargo la vigilancia de la sociedad.

Luego, la suspensión de la ejecución de los acuerdos asambleario, importa en esta parte que nos detengamos a considerar que el Com., introducen disposiciones que son procesales en materia de derecho sustantivo y este es uno de los casos dado que el artículo 251 del Com., indica que en cualquier estado de las causas y a petición de parte interesada puede el ruego suspender la ejecución de las resoluciones cuya nulidad hubiera sido demandada o que se hubiese solicitado la oposición con relación a esa decisión asamblearia. En la suspensión de la ejecución del acuerdo importa destacar igualmente en el código procesal civil y mercantil le ha designado una parte a el tratamiento de las medidas cautelares, donde el artículo 431 del código procesal civil y mercantil se refiere a las medidas cautelares y la manera de decidir éstas es la siguiente se trata del remedio procesal ofrecido por el

derecho para evitar los riesgos de la duración temporal del juicio en atención a la efectividad y cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria, donde dicho artículo particularmente indica que en el juicio se puede solicitar una medida cautelar con el propósito de garantizar la efectividad y el cumplimiento de la sentencia estimatoria, es decir cuando se trata de circunstancias que se pueden advertir a efecto de que más adelante el lunes aventarse la sentencia está pueda resultar difícil de ejecutar, el artículo 151 del Com., se refiere especialmente a los casos de suspensión de la ejecución de acuerdos asambleario, donde el código procesal civil y mercantil no recoge de manera puntual y expresa ese tipo de medida, los aspectos relevantes referidos a las medidas cautelares en general, en primer lugar las medidas cautelares anticipadas en el artículo 434 del Código Procesal y Mercantil, pese que el artículo 151 del Com., no identifico la suspensión de la ejecución del acuerdo asambleario como medida cautelar anticipada o como una diligencia preliminar, lo que si hace el código procesal civil y mercantil.

Los aspectos relevantes de estas medidas está la caducidad el artículo 434 del código procesal civil y mercantil indica que debe de presentarse la suspensión de la ejecución del acuerdo asambleario como medida en diligencias preliminares pero que éstas caducan si después de un mes no se interpone demanda correspondiente, luego en el tema del arbitraje y los procesos extranjeros operan las medidas cautelares particularmente en aquellos arbitrajes llevados a cabo en El Salvador cuando una de las partes necesita una medida cautelar pues tiene que solicitársela al juez competente, y si se trata de procesos arbitrales extranjeros igualmente la ley permite que la parte solicita al juez la medida cautelar cuando seas grande de bienes que se encuentran en el territorio salvadoreño. Luego otro aspecto es que en el tema de la audiencia la contraparte las medidas cautelares no reconoce la posibilidad de darle audiencia a la contraparte, en el artículo 453 del Código Procesal Civil y Mercantil aparece indicado de esta manera porque reconoce el derecho de impugnación.

Las medidas cautelares pueden ser impugnadas conforman a lo dispuesto en el artículo 453 Código Procesal Civil y Mercantil y eso justifica particularmente que no resulte necesario darle audiencia a la contraparte en temas de medidas cautelares. Luego de considerar esto, los aspectos más relevantes referidos a la suspensión de la ejecución de los acuerdos asambleario como medida cautelar, en primer lugar o materia en la que se encuentra regulada la suspensión de la ejecución del acuerdo asamblea, esta es una disposición contenida en el Com., pero refiriéndonos al código procesal civil y mercantil digamos que la suspensión del acuerdo asambleario como medida cautelar no se encuentra formando parte del listado o catálogo de medidas, sin embargo se encuentra en el artículo 437 del código procesal civil y mercantil cuando este se refirió al “*numerus apertus*”, de tal forma que la suspensión de la ejecución del acuerdo asambleario forma parte del “*numerus apertus*” dispuesto por el código procesal civil y mercantil en materia de medidas cautelares. Luego está el aspecto a considerar las infracciones que motivan la suspensión de la ejecución del acuerdo asambleario: cualquier causa de nulidad puede originar la solicitud de la suspensión del acuerdo cuando se trata de la aplicación del artículo 248 del Com., es decir, en la acción de nulidad. Puede ser también cualquier motivo de oposición cuando estamos en aplicación del artículo 250 del Com., debe considerarse particularmente que en uno y en otro caso los juicios que deben de iniciarse son declarativos declarativo común de nulidad de acuerdo asambleario o declarativo común de oposición a la resolución de la junta general, en ambos casos identifiquemos la posibilidad de solicitar una medida cautelar, ya sea durante el juicio, o ya sea como diligencia preliminar.

Luego, la legitimación activa le corresponde a la parte interesada en el juicio principal cuando se trata de la aplicación del artículo 250 del Com., y la parte interesada solamente puede ser el accionista, conforme a este artículo, porque la disposición se refiere a la oposición a la resoluciones de la asamblea general, en cambio en el artículo 248 del Com., cuándo se refiere a la nulidad la legitimación activa, que tienen los socios, los administradores como órgano en su carácter personal, igualmente pueden ser los acreedores, incluso podríamos agregarse a los

Herederos, a los trabajadores, por qué se trata de causas de nulidad y como antes hemos dicho la legitimación activa se extiende a todo aquel que manifiesta tener un interés por causas de nulidad.

En suspensión de la ejecución de los acuerdos como medida los requisitos son, relacionando el artículo 151 del Com., con las disposiciones legales del código procesal civil y mercantil que resulten atinentes, en primer lugar, debe de existir infracción legal o infracción estatutaria, como causa o como motivo oposición, o como causa o motivo de nulidad, porque no ambos casos opera la suspensión de la ejecución; en segundo lugar, debe tratarse de un socio de un administrador o de un acreedor o de cualquier otra persona que manifieste un interés legítimo cuando se trata de nulidad de acuerdo, porque cuando se trata de oposición a la resolución solo es el socio; No., tres, apariencia de buen derecho.

Debe considerarse que el código procesal civil y mercantil se refiere a la apariencia del buen derecho en el artículo 433, lo mismo al requisito del peligro de demora el mismo artículo resultaría aplicable, y último lugar, se identifica la llamada “contracautela”, recogida en el artículo 446 del código procesal civil y mercantil hemos advertido que se puede invocar o se puede solicitar una medida cautelar, eso implica que el que demanda está intentando garantizar la efectividad de la decisión que finalmente tome el juez, es decir, para el caso de que se trate de una sentencia estimatoria, pero igualmente, la parte contra la que se solicita la medida cautelar puede solicitar una “contracautela”, es decir, una caución o una garantía para la indemnización de los perjuicios y los daños que se puedan haber ocasionado por el hecho de haber suspendido la ejecución del acuerdo, como dispone el artículo 446 del Com.

1.4 Concepción penal de la Sociedad Mercantil.

La criminalidad económica empresarial o criminalidad societaria, hace referencia al fenómeno jurídico social de estudio y regulación de parte del derecho penal de las

conductas constitutivas de delito en el ámbito de la empresa y/o de las sociedades mercantiles, de las que especialmente el derecho penal económico se encarga de desarrollar, dada su trascendencia, como expresa LASCURAÍN SÁNCHEZ³⁴, desde el punto de vista de la lesividad de sus conductas y la necesidad de su previsión y persecución penal.

En este sentido, se encuentra para integrar el análisis de este fenómeno, la llamada “delincuencia económica” que se entiende como “la criminalidad de empresa que afecta a la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, en cuanto entraña la actividad de la empresa como célula esencial en la actividad de carácter económico”,³⁵ es decir, la forma delictiva que se vislumbra dentro de todo proceso económico de la empresa y de las sociedades mercantiles.

Los llamados coloquialmente delitos de “cuello blanco” son los antecedentes de los delitos económicos y, más concretamente, de los delitos societarios. “El delito de cuello blanco” es el libro más importante de Edwin H. SUCHERLAND, quien es, en opinión de SÁNCHEZ MORENO³⁶, el sociólogo y criminólogo más influyente del siglo XX. Este libro se publicó por primera vez en Nueva York en 1949 y refleja un estudio que hizo sobre los delitos cometidos por los poderosos en una época en la que EE. UU. estaba sumida en altos niveles de corrupción, allá por los años 1920, especialmente en Chicago, y que setenta grandes empresas norteamericanas sirvieron de base a su investigación. Dicho autor define al delincuente de cuello blanco como una persona con elevado estatus socioeconómico que viola las leyes destinadas a regular sus actividades profesionales y empresariales.

³⁴ Norberto De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de La Empresa*, ed. Dykinson (Madrid, 2018), 469.

³⁵ Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita María Ospina Perdomo, *Derecho Penal Societario* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 16.

³⁶ José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert, *Delitos Económicos, Contra La Administración Pública y Criminalidad Organizada*, ed. Fondo Editorial PUCP, vol. 18 (Perú: Fondo Editorial de la PUCP, 2017), 168.

Por esta razón, el derecho penal económico empresarial cobra relevancia capital en los tiempos contemporáneos, dada su ejecución sobre diversidad de conductas acaecidas en el ámbito de la empresa. En este sentido, una temática de suma importancia en este análisis es el bien jurídico protegido para respecto de las conductas penalmente relevantes reguladas en el ámbito de la empresa y de la sociedad mercantil.

En este sentido, de acuerdo a la tratadista española FARALDO CABANA³⁷, “se suele distinguir en los delitos societarios un bien jurídico directamente protegido, el patrimonio, que ha de ser lesionado o puesto en peligro por la realización del delito, y un bien jurídico mediato, el orden socioeconómico, que no aparece incorporado al tipo de injusto de la infracción correspondiente, pero que puede servir como criterio auxiliar en la interpretación teleológica del bien jurídico directamente protegido,” perspectiva dualista atinada respecto de los delitos económicos empresariales y de aquellos que pueden consumarse en el ámbito de las Sociedades Mercantiles, regulados en la legislación Salvadoreña, dado que al ser el patrimonio, como conjunto de bienes, derecho y obligaciones de contenido económico, el núcleo y factor distintivo de las actividades lucrativas de estos sujetos del derecho Mercantil, es el objeto principal de protección penal, y de forma genérica el orden socioeconómico, debido a que, ante el normal desempeño económico empresarial de las sociedades mercantiles promueve que la actividades económica estatal permanezca en desempeño óptimo, protegiéndose entonces intereses supraindividuales, sociales o colectivos de la vida económica.

La doctrina citada anteriormente³⁸, propone caracterizar esta perspectiva de la delincuencia económica en cinco aspectos que valen la pena analizar para los efectos del entendimiento global de la temática: 1) Es económica. 2) Es profesional. 3) Es organizada, 4) Es internacional y 5) Afecta la libertad económica. En referencia a estos puntos, primero dice que este tipo de criminalidad tiene por objeto la

³⁷ Patricia Faraldo Cabana, *Delitos Societarios*, ed. Tirant Lo Blanch, 2° (Valencia, 2015), 16.

³⁸ Castro Cuenca and Ospina Perdomo, *Derecho Penal Societario*, 17 - 25.

obtención de un beneficio económico y además ataca bienes que generalmente tienen un contenido patrimonial económico.

Pues, como es obvio, las conductas delictivas cometidas en el ámbito de la empresa y de las Sociedades Mercantiles, están inmersas directamente en las actividades económicas que se realizan y cuyo objeto doloso especial es precisamente la obtención o el ánimo de lucro. Luego, Profesional, puesto que los sujetos que incursionan en estas actividades criminales distan de la concepción o noción del “delincuente tradicional”, siendo este nuevo delincuente un sujeto de esferas sociales privilegiadas, con elocuencia y carisma, siendo exaltables sus capacidades y condiciones humanas, y en todo caso con trayectoria académica o formación básica educativa, e incluso, con poder económico y político. Como es evidente, la criminalidad económica y de “cuello blanco” que son los que se realizan sin aparente contacto delictivo con las personas, pero que las capacidades delictivas provenientes de la intelectualidad o poder económico, social o político, permiten consumir las lesiones al patrimonio, están presentes en el ámbito de las empresas y de las Sociedades Mercantiles. Es organizada, debido a que, la propia estructura de las empresas y/o Sociedades Mercantiles, que es donde se desarrollan estos delitos, propicia su consumación, en muchas ocasiones, mediante esta modalidad, valiéndose de las herramientas propias del crimen organizado, como la violencia, la intimidación o la corrupción, para asegurar el control de los mercados y los daños al patrimonio de los actores económicos víctimas. Es internacional entre tanto, el paulatino proceso de globalización económica que implica una economía capitalista, internacionalizada, con una interdependencia de los mercados, propicia también que las acciones delictivas cometidas en este ámbito puedan internacionalizarse. Esta situación tiene dos efectos fundamentales según el citado autor: La búsqueda de reducción al mínimo del “riesgo penal”, por parte del sujeto activo del delito, extendiendo su actividad allí donde la sanción penal es menor o nula y el hecho de aprovechar las oportunidades que ofrece el mercado lícito para infiltrarse en este y obtener beneficios mayores que a través de una actividad mercantil lícita por medio del cometimiento de los delitos económicos empresariales, y por último, como está

claro hasta este punto, estos delitos afectan directamente la libertad económica de las víctimas, impidiéndoles desarrollarlas en la plenitud de las facultades que reconoce la Cn., en un sistema democrático de derecho.

Tal libertad está desarrollada, tal como asegura el máximo tribunal de justicia de nuestro país, y reconocida en el artículo 102 inc. 1° de la Cn., como “un auténtico derecho subjetivo que conlleva para el Estado ciertas obligaciones, tales como: abstenerse de imponer políticas públicas o legislativas que anulen o impidan el campo donde legítimamente puede desplegarse la iniciativa privada; y eliminar todos aquellos obstáculos que, en el plano de los hechos, coarten el pleno ejercicio de la libertad en cuestión. En términos concretos, la libertad económica es el derecho de toda persona a realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades con miras a crear, a mantener o a incrementar su patrimonio, siempre que no se oponga al interés social. El reconocimiento de este derecho persigue que los particulares ejerzan su actividad económica en un sistema competitivo, en condiciones de igualdad y sin impedimentos o interferencias derivadas de reglamentaciones, prohibiciones o actuaciones del Estado.”³⁹

Las anteriores consideraciones referidas a la Sociedad formal, legalmente constituida, les debemos añadir aquellas sobre las sociedades “en formación”. Tales sociedades, que están reguladas expresamente en el derecho comparado⁴⁰, son aquellas que están en trámite de constitución; es decir en las que existe un pacto social de crear la sociedad, sin que ésta se haya inscrito todavía en el correspondiente Registro Pública Mercantil, pero existiendo en los fundadores intención de cumplir con el requisito registrales.

Finalmente, viene a colación a la temática en estudio lo que modernamente la doctrina penal y las legislaciones de algunos países han llamado como la

³⁹ Sala de lo Constitucional, Amparo, referencia 666-2016AC, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019)

⁴⁰ Abraham Castro Moreno, “El Concepto Penal de Sociedad En Los Delitos Societarios: El Artículo 297 Del Nuevo Código Penal,” 1998, 54.

responsabilidad penal de las personas jurídicas. Temática que pese a tener críticas por parte de un sector importante de la doctrina⁴¹, tiene desarrollo doctrinal y legislativo, que para los efectos de comprender la relación del derecho societario con el derecho penal económico es importante destacar, al menos someramente.

Mediante la L.O., No. 5/2010 se introdujo en el C. Pn., de España una serie de disposiciones con las que se dio construcción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde se establecieron las correspondientes penas aplicables a ellas y se fijaron reglas específicas para la aplicación y para la determinación de éstas, luego, mediante la L.O., No. 1/2015 se incorporó descripción explícita y detallada de los requisitos de eficacia de los llamados “programas de cumplimiento” o “COMPLIANCE” como causas eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este contexto, esto marca un antes y un después, al menos para nuestro sistema jurídico hispanoparlante, a lo que tradicionalmente estable el principio jurídico de “*Societas delinquere non potest*” que aun impera en nuestro sistema jurídico de El Salvador.

Ese sentido comenta ANTONIO DEL MORAL GARCIA⁴², que “la incapacidad de acción en sentido jurídico penal (por falta de voluntad en clave psicológica); la ausencia de culpabilidad; la incapacidad para sufrir penas (o, al menos, las penas de más frecuente manejo en nuestros textos punitivos); o la idea de desterrar el más mínimo vestigio de responsabilidad objetiva (no hacer recaer consecuencias penales en personas inocentes), son las líneas maestras que alimentaban la doctrina de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas”, por lo menos hasta ese momento que vino a cambiar en gran medida por la reforma en comento.

⁴¹ Véase por ejemplo a Luis Gracia Martín, en “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica,” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-05 (2016): 95, criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf%0A.

⁴² María Antonia Sanz Gaité et al., *Tratado de Derecho Penal Económico*, ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2019), 515.

Esto por el hecho que el Derecho Penal “es un derecho realista”, apegado a la evidencia externa que puede percibirse en la realidad; y que “huye de las ficciones”. El citado autor analiza este nuevo sistema de aplicación de responsabilidad penal sobre la base de una idea básica: no hay un delito corporativo propiamente, sino delitos cometidos por personas individualmente consideradas que en determinadas condiciones y con determinados supuestos permiten, además de las consecuencias previstas para las personas naturales autoras, imponer una pena a la persona jurídica por cuya cuenta o bajo cuya dependencia actuaron dichas personas naturales, pues su deficiente organización se convierte en campo adecuado que propicia o no impide el delito cometido por ellos, es pues una condición para imponer una pena por el delito cometido por la persona física o natural. “Es en ésta donde ha de detectarse dolo o culpa” manifiesta el autor. Y es en ese delito donde deben concurrir todas las categorías tradicionalmente conocidas integrantes del mismo — antijuricidad, culpabilidad, punibilidad—, y al que hay que referir las reglas concursales, las normas sobre participación, ejecución, etc... y que, como consecuencia de ese actuar, merecen la imposición de una sanción penal.

En resumidas cuentas, sobre este tema podemos afirmar que se encuentra cimentado en un sistema vicarial o en aquel que permite ejecutar acciones en nombre de otro. Como manifiesta el citado autor⁴³, para que se pueda exigir responsabilidad penal a una persona jurídica se requiere que la actividad delictiva se haya llevado a cabo por quien actúa en nombre de la sociedad o por un empleado y que el riesgo de comisión de ese delito no estuviese controlado (condición apreciable en todos los supuestos según la reforma de 2015 y no solo a los casos de comisión por un empleado); esto es, que la “ausencia de control por parte de la entidad que haya sido causalmente relevante respecto de tal actividad delictiva”.

En tal sentido se encuentra regulado en el proyecto de Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas para El Salvador, donde en su artículo 5 dispone que las personas jurídicas son responsables penalmente por los hechos punibles

⁴³ Ibid., 522.

previstos en el C. Pn., y demás leyes especiales cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto o el de un tercero, por los sujetos siguientes: a) Las personas naturales con capacidad para la toma de decisiones, tales como; gerentes, directores, directivos, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias. b) La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a) han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso. La responsabilidad penal de las personas jurídicas comprende los hechos punibles cometidos en su nombre o por cuenta de ellas, tanto en las matrices como en sus filiales o subsidiarias siempre que hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su conocimiento.

1.4.1 Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su aplicación en El Salvador.

Tal como se desarrolló de forma introductoria en el tema anterior, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador es una circunstancia no aprobada en el Congreso de la República que le permita entrar en vigencia, pero de ello encontramos atisbos interesantes que permiten colegir que esta circunstancia posee algún “asomo” de existencia en nuestro medio jurídico de una verdadera Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, sobre todo, en el plano de las consecuencias jurídicas del delito, ante un hecho delictivo de las que las personas jurídicas hayan tenido parte. Esto lo encontramos en tanto el Art., 64 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y el Art., 41 de la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo. La primera norma regula, el cierre temporal de establecimientos relacionados con el cometimiento de actividades relativas al Narcotráfico, el que expresa que *“cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, el Fiscal General de la República o su Delegado dentro de la*

*investigación, podrán ordenar el cierre temporal, total o parcial, y por el tiempo y áreas estrictamente indispensables, de todo lugar en donde se tenga conocimiento que se ha cometido cualquier delito tipificado en esta Ley, así mismo expresa que si se ordenare la clausura, durante la tramitación del proceso el Juez mediante resolución razonada decidirá sobre su procedencia con base a las justificaciones presentadas por la parte interesada o su representante legal, y que en **la sentencia definitiva condenatoria el Tribunal deberá pronunciarse decretando el decomiso del inmueble***”, es pues, que cuando una persona jurídica tenga relación directa con el cometimiento de los delitos regulados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las drogas, puede tener como consecuencia jurídico penal última, el cierre definitivo de su establecimiento comercial y la pérdida de la propiedad del inmueble sobre el cual se encontraba, como pena de carácter patrimonial por el cometimiento del delito. En este mismo sentido, la segunda norma citada expresa que, “*cuando se comprobare que individuos que integran los órganos de administración o dirección de una persona jurídica o entidad privada, permitieren, colaboraren, apoyaren, o participaren en nombre o representación de las mismas, en la comisión de alguno de los delitos previstos en la presente Ley; se ordenará por el juez que conozca del caso, cualquiera de las sanciones o medidas siguientes contra la persona jurídica o entidad privada de que se trate: a) La **imposición de multa** de cincuenta mil a quinientos mil dólares. b) **La disolución de la persona jurídica o entidad privada respectiva**, librando oficio a la autoridad competente para que proceda. La resolución o decisión firme deberá ser publicada en cualquier medio de comunicación.*” Es evidente entonces, que el cometimiento de alguno de los delitos regulados en la Ley especial contra actos de terrorismo por parte de una persona jurídica, realizado mediante sus órganos de representación, trae consecuencias jurídico penales de incidencia pecuniaria para la misma, que van desde una multa a la disolución de la persona jurídica.

Abordado este punto, paso a apuntar algunas notas fundamentales e importantes sobre la temática de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, basados principalmente en el sistema jurídico Español, que es el de más próxima semejanza

al nuestro, además de las dichas en la temática arriba desarrollada relativa a la concepción penal de las Sociedades Mercantiles.

En la actualidad hay tres sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con diferentes variantes internas, pero claramente definidas. **El modelo de transferencia de responsabilidad** imputa a la sociedad los hechos delictivos cometidos por sus directivos, administradores o empleados, siempre que la conducta de éstos se haya realizado por cuenta y en beneficio de la sociedad. Para transferir los hechos delictivos a la empresa puede requerirse, según las diversas propuestas legales y doctrinales, alguna de las siguientes tres opciones: a) que los hechos los cometan los administradores o los directivos –eventualmente puede bastar que los hayan tolerado, consentido o inducido–; b) que los hechos los cometan sus administradores o directivos, o sus empleados debido a un defectuoso control o vigilancia de los primeros; c) que los hechos los cometan administradores, directivos, empleados sometidos a defectuoso control, o cualquier persona a cuenta de la sociedad. Con frecuencia es irrelevante que tales personas hayan sido identificadas –siempre que conste la realización del hecho delictivo– o que, aun identificadas, puedan ser declaradas penalmente responsables. **El modelo de autorresponsabilidad** imputa a la sociedad los hechos delictivos por ella misma cometidos, si bien presupone que un directivo, administrador o empleado ha llevado a cabo un hecho por cuenta y en provecho de la sociedad. Esa responsabilidad de la sociedad se puede fundar en cuatro criterios alternativos de imputación. El primero imputa a la persona jurídica el hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados, que se considera un hecho delictivo propio de la sociedad; en consecuencia, es en ella en quien ha de darse el injusto culpable del hecho, sin perjuicio de que la persona física ejecutora material deba responder por un injusto propio ligado a ese mismo hecho. El segundo imputa al ente colectivo un defecto de organización concreto, el cual ha facilitado o no ha impedido que sus representantes o empleados hayan realizado un hecho delictivo singular; será ese defecto de organización concreto lo que constituya el hecho delictivo propio de la sociedad. El tercero imputa a la sociedad una cultura corporativa defectuosa, la cual

fomenta o no impide a lo largo del tiempo la realización por sus representantes o empleados de hechos delictivos como el concreto acaecido; esa cultura societaria defectuosa constituirá el hecho delictivo propio de la sociedad. El cuarto imputa a la persona jurídica una reacción defectuosa frente al hecho delictivo, ya realizado, por sus representantes o empleados, y es la ausencia de ese comportamiento *post-delictivo* adecuado lo que constituye el hecho delictivo propio de la sociedad. **El modelo mixto**, imputa a la sociedad los hechos delictivos cometidos por sus directivos, administradores o empleados según el modelo de transferencia. Sin embargo, exime o gradúa la responsabilidad del ente societario atendiendo a su comportamiento, que puede ser anterior o posterior al hecho delictivo transferido y sin directa relación con él. Esta opción no elude la infracción del principio de exclusión de responsabilidad por el hecho ajeno, sin que, logre vincular de algún modo la responsabilidad a un hecho delictivo propio de la sociedad.⁴⁴

El art. 31 bis 1 del C. Pn., Español configura dos modalidades, en las que una persona física realiza el tipo de alguna de las figuras delictivas susceptibles de ser imputadas también a personas jurídicas. Además, a efectos de transferencia, deberán concurrir en el tipo unos elementos adicionales diferenciados según la variante comisiva. Primero, la variante de representantes o administradores –art. 31 bis 1 (párrafo 1)– exige en primer lugar que la acción u omisión típica sea idónea para reportar una ventaja a la persona jurídica, lo que se expresa con la locución legal en provecho. Estamos ante una cualidad de la acción, y no ante una alusión al resultado ni ante un elemento subjetivo de lo injusto. En consecuencia, es irrelevante que el provecho se haya producido o que el representante o administrador actúen movidos primordialmente por lograr una ventaja para la empresa. A su vez, la ventaja susceptible de lograrse no ha de ser necesariamente económica, y cuando lo sea puede concernir a un incremento de ingresos, ahorro de gastos, mejora de posición en el mercado o cualquier otro beneficio con traducción económica, incluso si no tiene relación funcional con el giro de la

⁴⁴ José Luis Díez Ripollés, *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas. Regulación Española.*, *InDret*, 2012, 9–11.

empresa. Sujeto activo de la conducta típica ha de ser un representante legal o administrador de la persona jurídica a imputar. Por el primero se entiende a quien ejerce la representación de la sociedad respecto a todos los actos comprendidos en su objeto social, y por el segundo, tanto a quien gestiona la sociedad en virtud de un título jurídicamente válido como a quien ejerce de facto la gestión de la sociedad aun cuando carezca de algo más que de requisitos formales para ser administrador de derecho.

El art. 31 bis del C. Pn., Español reiteradamente a la condición de persona física de los representantes o administradores intervinientes en el delito, por lo que no podrán ser sujetos activos los órganos colectivos de la persona jurídica ni las personas jurídicas que puedan ejercer la administración de la sociedad. Dado que la transferencia del injusto de la persona física a la jurídica exige en esta modalidad que la persona física pueda vincular a la persona jurídica en su conjunto, no podrán ser sujetos activos: Los apoderados de la persona jurídica, pues tienen poderes limitados de representación, y tampoco los mandos intermedios de la persona jurídica, al estar subordinados al administrador. Ese sujeto activo ha de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Son dos elementos subjetivos de tendencia, de carácter alternativo, cuya concurrencia es materialmente compatible con eventuales comportamientos imprudentes expresamente previstos como punibles. El sujeto actuará en nombre de la sociedad cuando su comportamiento se acomode a la política o directivas de la empresa previamente fijadas, y se comportará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de ésta determinados autónomamente en el marco de sus funciones sociales, aun cuando contradiga la política o directivas empresariales. No se dará la tendencia exigida si en el ejercicio de sus funciones sociales persigue de forma predominante intereses propios o si, al margen de sus funciones sociales, realiza actuaciones en interés de la empresa. Se exige además que concurra un defecto de organización de la propia persona jurídica. La ausencia de ese defecto hace que no sé del injusto, para algunos la culpabilidad, de la persona jurídica. La exigencia se funda sobre todo en razones de principio u oportunidad sobre el modelo de responsabilidad de personas

jurídicas más adecuado y, en menor medida, en razones sistemáticas de coherencia con la dicción legal. Posteriormente, la variante de empleados –art. 31 bis 1 (párrafo 2) del C. Pn., Español– exige, al igual que en el supuesto anterior, la idoneidad del comportamiento típico para reportar una ventaja a la persona jurídica.

El Sujeto activo del comportamiento típico será un empleado de la sociedad, en concreto, una persona física sometida a la autoridad de las personas, también físicas, que representan o administran a la sociedad. Alguien, por tanto, que se encuentra sometido a la jerarquía o, al menos, al poder de dirección de los representantes o administradores societarios. Eso incluye a los que están vinculados laboral o mercantilmente con la sociedad, pero también a quienes están sometidos a esa autoridad dentro del trabajo autónomo, de subcontratas o de empresas de trabajo temporal. El sujeto activo habrá actuado en el ejercicio de actividades sociales por cuenta de la sociedad que no han sido debidamente controlada. Estamos, pues, ante un presupuesto, formulado negativamente, del comportamiento típico del empleado, de modo que si concurre el control debido el empleado no podrá realizar el injusto que permite ser transferido a la persona jurídica, sin perjuicio de la responsabilidad propia que pueda tener.⁴⁵

Temas que han causado debate en la doctrina sobre este apasionante tema, vienen referidos a la comparativa a la teoría tradicional del delito. Autores como GALÁN MUÑOZ⁴⁶, se plantea la pregunta sobre la existencia de dolo o imprudencia de las personas jurídicas, referido a la categoría delictiva de la Culpabilidad. Pues, para que podamos hablar de la existencia de un delito o, cuando menos, de un hecho delictivo no basta con que se dé una conducta que objetivamente infrinja una prohibición o se incumpla un deber u obligación establecidos por nuestro ordenamiento penal, se requiere también que, tanto lo uno como lo otro, (la acción

⁴⁵ José Luis De La Cuesta Arzamendi, “Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas En El Derecho Español,” *Revista Penal México*, no. 5 (2013): 30.

⁴⁶ Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y Límites de La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas Tras La Reforma de La LO 1/2015.*, ed. Tirant lo Blanch, *Fundamentos y Límites de La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas Tras La Reforma de La LO 1/2015* (Valencia, 2017), 240.

o la omisión prohibidas) se hayan realizado de una forma que permita reprocharle subjetivamente a quien las hubiese efectuado el haberlo hecho, para lo que tradicionalmente se ha exigido que las hubiese cometido de forma dolosa o, cuando menos, imprudente, cuya respuesta no es pacífica en la doctrina, pues alude a diversos sistemas y modelos de interpretación contemporáneos.

1.4.2 El delito de “Corrupción en los Negocios” en la Legislación Española.

Como parte de las perspectivas que ha adoptado la criminalidad empresarial, tenemos que legislaciones penales, como la española, han regulado conductas como delictivas centradas específicamente en el ámbito de la Sociedad Mercantil, directamente relacionadas con las actividades económicas que estas realizan y que son catalogadas como prácticas de corrupción en el ámbito societario. Mediante la LO 5/2010, el delito de corrupción entre particulares pretende sancionar acciones que podrían calificarse como de “cohecho en el ámbito privado”. De esta forma, y siguiendo claramente la estructura de aquel delito, se distinguen dos modalidades de conducta, esto es, la activa y la pasiva.

Tras la reforma operada por la LO 1/2015 el art. 286 bis. 1 recoge la modalidad pasiva, en la que se castigan los comportamientos de directivos, administradores, empleados o colaboradores de empresas que, reciben, solicitan o aceptan un beneficio o una ventaja no justificada con el fin de favorecer al otorgante frente a terceros. Por otro lado, en su modalidad activa (art. 286 bis 2), simétrica respecto de la anterior, se tipifica la conducta del que promete, ofrece o concede a estos empleados tales ventajas.⁴⁷

El bien jurídico protegido en este delito es dual, dado que la conducta de corrupción privada vendría dada, no sólo por la afectación a la competencia, sino también por la afectación al interés económico del propio titular de la empresa al servicio de la

⁴⁷ Joan Queralt Jiménez and Dulce M. Santana Vega, *Corrupción Pública y Privada En El Estado de Derecho*, ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2017), 213.

cual trabaja el sujeto que recibe, solicita o acepta la ventaja o beneficio. La protección de la competencia como parte supraindividual de este bien jurídico complejo se sitúa como objeto de protección mediato, cuya lesión únicamente será relevante cuando pueda demostrarse la afectación a la empresa o sociedad para la que presta sus servicios el *intransus*. Qué duda cabe que con la interpretación acabada de exponer se limita extraordinariamente el ámbito de las conductas que pueden ser consideradas típicas en el ámbito de la corrupción entre particulares, pues no sólo se tendrán en cuenta aquellas que formalmente puedan poner en peligro la competencia leal por el ofrecimiento o aceptación de beneficios o ventajas sino sólo aquellas que, además, puedan frustrar las expectativas de la empresa mercantil o sociedad de adquirir productos y servicios a un precio competitivo o, en cualquier caso, no contraproducente para sus intereses.

La diferencia del clásico tipo penal del cohecho, sin embargo, en la corrupción en los negocios los sujetos de ambas vertientes (activa y pasiva) son particulares, por lo que resulta del todo punto imposible acoger –como es obvio– el criterio que distingue tales modalidades según concurra o no la condición de autoridad o funcionario público en el sujeto. Con lo que debemos quedarnos es que la corrupción en los negocios responde a la misma estructura que los delitos de cohecho de funcionarios públicos.⁴⁸

En el delito de corrupción entre particulares el legislador ha optado por describir el objeto material de una manera ciertamente amplia, concretándolo en un "beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza". Esta expresión legal permitiría, en una interpretación literal, descartar una traducción exclusivamente económicas de aquello que se ofrece se solicita o se acepta, pues dicho beneficio o ventaja podría consistir, por ejemplo, en concesiones honoríficas o de cualquier otra clase. A la postre lo esencial sería que dicho ofrecimiento fuese lo suficientemente determinante para que el *intransus* favorezca al otorgante frente a terceros

⁴⁸ Sergio Berenger Pascual, *El Delito de Corrupción En Los Negocios*, ed. Imprenta Nacional De La Agencia Estatal (Madrid, 2020), 130.

competidores en el mercado. No obstante, lo anterior, no pasa desapercibida la equiparación de este concepto con lo que, siquiera coloquialmente, se ha conocido como "cobro de comisiones", consistente en un tanto alzado fijo o bien proporcional a la operación económica realizada.

En relación a la autoría, en su modalidad pasiva, ha sido configurada como un delito común, en el que al parecer cualquier sujeto puede ser el actor principal del mismo, prometiéndolo, ofreciéndolo o concediéndolo a los *intrañeos* de la modalidad pasiva beneficios o ventajas para que les favorezcan indebidamente frente a otros. Por el contrario, el delito de corrupción privada en su modalidad pasiva contiene una restricción en la autoría, acotando los sujetos activos a un determinado círculo de personas. Esta modalidad de conducta se articula desde la perspectiva del beneficiario de la ventaja ofrecida o concedida que será determinante para favorecer indebidamente al otorgante de aquélla.

El círculo de posibles sujetos activos en la modalidad analizada se reduce, siguiendo el orden que establece el propio legislador, al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad. El administrador —con independencia de que sea calificado como de hecho o de derecho— cometerá un delito de corrupción entre particulares cuando, al ejecutar el poder decisorio que es propio de su cargo en la contratación mercantil, favorezca a un competidor sobre otro siendo el elemento determinante de tal contratación la ventaja ofrecida, solicitada o aceptada y este negocio suponga, a su vez, una puesta en peligro para los intereses patrimoniales de la empresa para la que presta sus servicios.⁴⁹ Al respecto concluir de este punto, que la regulación española favorece la protección a estas conductas, que sin duda se realizan en la realidad cotidiana en los ámbitos empresariales, y que para respecto de nuestro caso, únicamente podría juzgarse desde la óptica del derecho administrativo, ante las consecuencias en el mercado por prácticas que puedan catalogarse como anticompetitivas, y que delitos como "competencia desleal", no ofrecen la posibilidad de poder prevenir y

⁴⁹ Queralt Jiménez and Santana Vega, *Corrupción Pública y Privada En El Estado de Derecho*, 231.

castigar estas conductas, por lo que ofrecer una propuesta de reforma en este sentido se vuelve importante.

Por ello el *animus favendi* imprimiría un significado en el tipo, porque el C. Pn., no castigaría toda conducta de incentivación ilícita. La acción sólo sería constitutiva de delito cuando el trato de favor pretenda conseguirse, con una intencionalidad específica, mediante una dádiva; lo que llevaría a excluir, al menos, el dolo eventual.⁵⁰

1.5 Responsabilidad Civil derivada de los hechos ilícitos del Administrador Societario.

El sistema jurídico de la responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital es un régimen de Derecho privado que rige las especialidades sustantivas y procesales de la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el administrador, en el ejercicio de su cargo, a la sociedad administrada, a sus socios o a terceros.⁵¹

Sin embargo, preliminarmente debemos acotar que la responsabilidad civil se está vinculada a lo siguiente: 1) El incumplimiento de un contrato: puede ser total o parcial (mora); 2) La lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provoquen un riesgo (responsabilidad civil objetiva y generalmente extracontractual por daño emergente y lucro cesante); 3) La lesión causada por un sujeto sin relación anterior con la víctima o el perjudicado (relación extracontractual); y 4) por el bien jurídico afectado (diferencia entre responsabilidad civil y penal), en relación al art., 1427 C.C., y que provoca la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios.

⁵⁰ Berenger Pascual, *El Delito de Corrupción En Los Negocios*, 274.

⁵¹ Franciso José Alonso Espinosa, *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Tomo I.*, ed. Marcial Pons (Madrid, 2007), 68.

La responsabilidad civil conlleva la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados por un incumplimiento a las obligaciones asumidas (fuente contractual) o por virtud de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual); de ahí que, de ser posible, la reparación del daño debe consistir en el establecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios.⁵² Siendo de naturaleza objetiva o subjetiva. La primera cuando, cuando deviene del uso objetivo de alguna cosa, con independencia de la decisión del autor que creó el riesgo, y la segunda, cuando es precisamente con la voluntad del autor que se comete el hecho ilícito.

El daño que se produce en la responsabilidad civil subjetiva proviene de hechos jurídicos, pueden ser estos, lícitos o ilícitos. El hecho que es ocasionado por la comisión de los actos ilícitos genera obligaciones en atención a la conducta de la persona a la que le es imputable su realización por contener el elemento culpa, que se extiende al dolo, imprudencia, negligencia, falta de previsión o de cuidado y se divide en intencional y no intencional. Si el hecho se realiza con dolo, existe intención o ánimo perjudicial, por el contrario, en la culpa lata, la conducta ejecutada se realiza con imprudencia o negligencia, por lo que no se previene el acto que ha provocado un daño.

En el caso de la responsabilidad contractual, nos encontramos con un detrimento del bien objeto del contrato, éste es el requisito imprescindible para que exista este tipo de responsabilidad, en estos casos de responsabilidad contractual, puede suceder que no nos encontremos ante un caso de imposibilidad definitiva o no, pero el acreedor tratará de conseguir en primer término el cumplimiento *in natura*, y ello dará lugar a la llamada ejecución forzosa del cumplimiento del contrato o a la indemnización de perjuicios respectiva.

⁵² Gisela María Pérez Fuentes, *Temas Actuales de Responsabilidad Civil*, ed. Tirant Lo Blanch (Mexico, 2018), 71.

Para poder argumentar esta temática para respecto del Administrador Societario, debemos recordar la relación que existe entre los administradores sociales y la sociedad mercantil en si misma: de carácter contractual. Para JOSEP ORIOL LLEBOT MAJÓ⁵³ “la comprensión de la posición fiduciaria” de los administradores exige tener presentes los elementos que caracterizan la relación jurídica que vincula a los administradores y a la sociedad en la que ocupan el cargo. La relación jurídica de administración de la que son parte la sociedad y cada administrador es una relación especial y autónoma de naturaleza contractual que se perfecciona con la aceptación del nombramiento por el interesado y cuyo contenido ésta integrado por las disposiciones legales de cada tipo societario aplicables a los administradores, por las cláusulas estatutarias igualmente referidas a éstos y por los pactos que las partes establezcan de mutuo acuerdo.

En este contexto eminentemente privado, contractual, cada parte posee derechos y obligaciones exigibles, cuyo incumplimiento a los deberes (obligaciones) fiduciarios del administrador societario deriva, bajo ciertos supuestos, en su responsabilidad civil de reparación de los daños y perjuicios causados a la sociedad y a los socios dada su configuración. No obstante, se tratará con más detenimiento lo relativo a los deberes del administrador, conviene puntualizar acá que la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito ejecutado por la acción u omisión del administrador societario es la consecuencia inmediata al acaecimiento de esta situación jurídica perjudicial para el patrimonio social.

Tradicionalmente, la se ha considerado limitada la actividad de la administración societarios a la esfera interna de la sociedad, separado de la actividad externa o de representación. En la actualidad, se tiende a poner de relieve cómo la administración de una sociedad comprende todas las actividades necesarias para el logro del fin social, tanto en el ámbito interno o de gestión cotidiana de la sociedad como en el ámbito externo, en las relaciones de la sociedad con los terceros. Como,

⁵³ Ángel Rojo, Ana Belén Campuzano Laguillo, and Emilio Beltrán Sánchez, *La Responsabilidad de Los Administradores de Las Sociedades Mercantiles*, ed. Tirant Lo Blanch, 6° (Valencia, 2016), 10.

evidentemente, tales actividades no pueden ser realizadas por la sociedad misma, las llevan a cabo por ella los administradores. De ahí la necesidad de analizar en qué supuestos y con arreglo a qué régimen surge la responsabilidad personal de los administradores, y esto tiene su base fundamental en el quebrantamiento, por dolo o culpa, de la debida diligencia que le impone su cargo.

La responsabilidad civil de los administradores plantea problemas específicos en las llamadas sociedades capitalistas. La doctrina ha puesto de relieve, de una parte, cómo es en este ámbito donde se produce una separación entre la propiedad y la gestión, el poder, y cómo, de otra parte, las competencias y facultades que se les atribuyen son muy amplias. Desde este punto de vista estaría justificado un régimen peculiar de responsabilidad de los administradores con el fin de imputarles los daños ocasionados en la actuación incorrecta.⁵⁴

La responsabilidad de los administradores se presenta como un supuesto de responsabilidad en la gestión, y se afirma que al administrador de un patrimonio ajeno se le impone un deber de diligencia dirigido a proteger la integridad del patrimonio social. Se trata de la responsabilidad por los daños causados al patrimonio social, regulada a través de lo que la ley llama «acción social», para la que se legitima a la propia sociedad, pero también a los socios y a los acreedores de la sociedad en determinadas circunstancias.

La doctrina mercantilista caracteriza a la responsabilidad del administrador, en primer lugar, de “orgánica”, en el sentido de que deriva del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo del administrador y de “personal”, en el sentido de que la responsabilidad se imputa a las personas que ejercen el cargo de administradores, no al órgano,⁵⁵ previendo el Com., diversos supuestos de responsabilidad directa, dada la acción dolosa del administrador de infringir lo

⁵⁴ Ángeles Parra Lucá, *Responsabilidad Civil de Administradores de Sociedades*, ed. Editorial Aranzadi (Madrid, 2014), 12.

⁵⁵ *Ibid.*, 16.

normado, o la responsabilidad solidaria o subsidiaria derivada siempre de sus acciones.

La responsabilidad general ordinaria exigible a los administradores sociales tiene como finalidad indemnizar los daños causados por sus actos u omisiones que se considere que no están ajustados a derecho, es decir, son contrarias a el mismo, esto ha llevado a considerar que dicha responsabilidad —en su régimen general ordinario— tiene naturaleza resarcitoria y apreciación causal,⁵⁶ puesto que, una vez acaecida, puede ser exigible al sujeto que la cometido directamente o por medio de sí.

⁵⁶ Claudio García Díez Fernando Díez Estella, Juan Manuel Herreros López, Eugenio Lanzadera Arencibia, Ricardo Plaza Martínez, María Goñi Rodríguez de Almeida, Andrés Sánchez Pedroche, Esther López Barrero, Aránzazu de las Heras García, Esther Monterroso Casado, Djamil Tony Kah, *Responsabilidad Empresarial*, ed. Tirant Lo Blanch (Valencia, 2015), 186.

Capítulo 2. Delitos Societarios en el Derecho Penal Económico de la Empresa.

SUMARIO: Capítulo 2. Delitos Societarios en el Derecho Penal Económico de la Empresa. 2.1 Parte General de los Delitos Societarios. 2.1.1 Nociones conceptuales. 2.1.2 Características. 2.1.3 Bien Jurídico Protegido. 2.1.4 Autoría y participación. 2.2 Parte Especial de los Delitos Societarios. 2.2.1 Delito de Administración Fraudulenta. 2.2.1.1 Aproximación conceptual. 2.2.1.2 Bien jurídico protegido. 2.2.1.3 Tipicidad objetiva y subjetiva. 2.2.1.4 Consumación. 2.2.1.5 Autoría y participación. 2.2.1.6 Jurisprudencia aplicativa. 2.2.2 Delito de Apropiación o retención indebida. 2.2.2.1 Aproximación conceptual. 2.2.2.2 Bien jurídico protegido. 2.2.2.3 Tipicidad objetiva y subjetiva. 2.2.2.4 Consumación. 2.2.2.5 Autoría y participación. 2.2.2.6 Jurisprudencia aplicativa. 2.1.1 Delito de Alzamiento de bienes. 2.1.1.1 Aproximación conceptual. 2.1.1.2 Bien jurídico protegido. 2.1.1.3 Tipicidad objetiva y subjetiva. 2.1.1.4 Consumación. 2.1.1.5 Autoría y participación. 2.1.1.6 Jurisprudencia aplicativa. 2.1.2 Delito de Quiebra Dolosa. 2.1.2.1 Aproximación conceptual. 2.1.2.2 Bien jurídico protegido. 2.1.2.3 Tipicidad objetiva y subjetiva. 2.1.2.4 Consumación. 2.1.2.5 Autoría y participación. 2.1.2.6 Jurisprudencial aplicativa.

2.1 Parte General de los Delitos Societarios.

A continuación, se desarrollará los aspectos generales y de relevancia común para todos los delitos cometidos en el ámbito de la Sociedad Mercantil y de la Empresa, haciendo un énfasis doctrinal contemporáneo a los mismos.

2.1.1 Nociones conceptuales.

Como ya se dijo en el desarrollo de este trabajo, los delitos societarios son un fenómeno criminal social que se desarrolla en el propio seno la Empresa y Sociedad Mercantil, particularmente, en una sociedad de capital, por aquellos que detentan el control de la misma, en su calidad de administradores o de socios, que poseen una mayoría de control real o fáctico, atentando de manera grave contra el correcto funcionamiento de la sociedad o contra el patrimonio de ésta, en perjuicio de la empresa, de los socios o de terceros, que pese de no existir en nuestra legislación penal interna una definición penal de “Sociedad” o de un apartado directa y específicamente dedicado a esta clase de delitos en concreto, su existencia es innegable.

Como dice el auto CASTRO CUENCA⁵⁷ “la delincuencia empresarial está principalmente asociada a la denominada corrupción privada (no como delito, sino como fenómeno propio de la actividad empresarial), y se manifiesta en una primera escala en las relaciones internas de los administradores, los trabajadores y los empleados,” y tal fenómeno se visualiza por medio de diferentes manifestaciones y figuras que el legislador a tipificado como delitos con la finalidad de proteger bienes jurídicos de relevancia penal: el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Tal consideración comprende para respecto de los delitos societarios, dependiente de la legislación en concreto, los delitos mediante la sociedad mercantil (obstrucción de la supervisión administrativa, por ejemplo), delitos en la sociedad mercantil (falsedad contable en perjuicio de tercero, por ejemplo), y delitos contra la sociedad o los socios (administración desleal, por ejemplo).⁵⁸

Como fenómeno criminal la delincuencia económica tiene gran importancia social, provocando incluso sentimientos de rechazo generalizado en la población, sobre todo de aquel sector mas desfavorecido económicamente, motivado por los medios de comunicación y del creciente populismo punitivo. Esta sensibilidad de la sociedad, expresa LUIS ARROYO ZAPAPATERO⁵⁹, son ejemplo las reacciones contra los atentados al medio ambiente derivados de actividades industriales de empresa, el repudio de los fraudes fiscales de empresas y profesionales, o el rechazo de los casos de corrupción política de base económica, es decir, de las perversiones en la relación directa entre gestión política y mundo empresarial, núcleo de comportamiento que no por la presencia de agentes políticos debe excluirse de la criminalidad económica en términos concretos, pero que estos

⁵⁷ Castro Cuenca and Ospina Perdomo, *Derecho Penal Societario*, 25.

⁵⁸ Gonzalo Rodríguez Mourullo, “Consideraciones Generales Sobre Los Delitos Societarios,” en *Anales de La Academia Matritense Del Notariado* (Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 2006), 193. El autor hace referencia a que “lo societario” no define el objeto de ataque de los delitos que incluye la legislación penal, sino un ámbito de referencia delictiva que va a indicar el instrumento de comisión del delito, el área de comisión o uno de los rasgos que identifica a los sujetos pasivos del delito.

⁵⁹ Luis Arroyo Zapatero, *Estudios de Derecho Penal Economico*, vol. 18 (Madrid: Univ de Castilla La Mancha, 1994), 15.

orientan más el rechazo hacia el sector privado de la corrupción, mucho más en países como el nuestro.

Por su parte, MANZANO lo define como *la especialización normativa del derecho penal económico que estudia los ilícitos cometidos dentro del seno de las empresas y sus repercusiones socioeconómicas*⁶⁰, haciendo indispensable un análisis particularizado dentro del derecho penal económico. Los delitos societarios abarcan los tipos delictivos en donde la empresa es afectada en su seno, o se cometen ilícitos desde ella para perjudicar a los socios, terceros acreedores y la entidad misma; en los demás casos, en donde el bien jurídico lesionando no recaiga en manos de las víctimas que se han indicado, razona el citado autor, lamentablemente se podría hablar de otros ilícitos penales, pero nunca de los de corte societario.⁶¹

2.1.2 Características.

Algunas características comunes⁶², a todos estos delitos se encuentran que se proyectan a toda "sociedad mercantil", sin distinción entre las formas jurídicas que estas pueden adoptar, para designar al sujeto activo emplea una fórmula abstracta que abarca todas las figuras societarias formales y materiales: administrador de hecho o de derecho. La combinación de las dos fórmulas anteriores permite entender que los tipos comprenden a los "grupos de sociedades", con independencia del grado de formalización jurídica que tales grupos pueden adoptar. Prescinde en general de los tipos de peligro abstracto. Exige peligro concreto en los tipos que incorporan modalidades de acción más definidas, y requiere perjuicio patrimonial efectivo en los tipos más abstractos. Prescinde tanto del daño como del peligro patrimonial, haciendo exclusiva referencia al provecho patrimonial del autor. Somete la perseguibilidad de estos delitos a la presentación del consentimiento por parte del perjudicado, excluyéndolos de la acción pública, incluyéndolos dentro de

⁶⁰ Francisco Manzano, *Responsabilidad Penal de Los Administradores En Los Delitos Societarios, Tomo I.*, ed. Publiguías (Santo Domingo, 2013), 36.

⁶¹ *Ibid.*, 51.

⁶² Arroyo Zapatero, *Estudios de Derecho Penal Economico*, 18:57.

los que son previa instancia particular, tal como en ese sentido reconoce nuestro C. Pr. Pn., en su artículo 27 para los delitos de Administración Fraudulenta y de Apropiación o retención indebida, precisamente por considerar necesario el impulso inicial expreso de la víctima para la iniciación del proceso penal. Como añade NIETO MARTIN⁶³, desde la perspectiva de su perseguibilidad, los delitos societarios son “semipúblicos”: no pueden perseguirse sin más de oficio, o mediante denuncia de terceros, o mediante querrela pública, sino que requieren de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Podemos afirmar que constituyen una especie de “El fraude corporativo”⁶⁴ dado que implica un grupo de conductas que afectan directamente el funcionamiento de las empresas y que implican el desconocimiento o la violación de las reglas básicas del buen gobierno corporativo instituidas en el seno de la Sociedad o Empresa Mercantil. Sobre este punto, las conductas como *insider tradign* (abuso de información privilegiada) o la corrupción en las relaciones contractuales de las empresas y sociedades son claro ejemplo, dado que este carácter de los delitos societarios atañe directamente a la posibilidad de corromper las relaciones privadas para obtener beneficios ilícitos.

Los delitos societarios afectan directamente el funcionamiento de la Sociedad Mercantil. Como expresa QUINTERO OLIVARES⁶⁵, los delitos societarios ni son ni pueden ser delitos comunes, en sí mismos, pues tienen como particularidad de que se cometen en el ámbito las actividades de una sociedad mercantil, sin embargo, en el marco societario se pueden cometer estos delitos y también delitos patrimoniales comunes. Los delitos societarios golpean, ante todo, la función y las condiciones mismas de la vida interna de las empresas configuradas como sociedades mercantiles. Mismo autor plantea, la alternatividad que proporciona a la víctima los delitos societarios, al expresar que, los delitos societarios, tal como están

⁶³ De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Economico y de La Empresa*, 490.

⁶⁴ Castro Cuenca y Ospina Perdomo, *Derecho Penal Societario*, 26.

⁶⁵ Gonzalo Quintero Olivares, “Delitos Societarios = Corporate Crimes,” *EUNOMÍA. Revista En Cultura de La Legalidad* 12 (March 31, 2017): 239, doi:10.20318/eunomia.2017.3655.

formulados, dan lugar a que se pueda dar una “censurable alternatividad discrecional sobre las vías legales de las que dispone un socio” ante determinadas situaciones, pudiendo elegir entre el derecho mercantil y el derecho penal. Esto sucede en los casos en concreto por el interés económico representado en la propia persecución penal, pues resulta más importante para la víctima la posibilidad de recuperar su perjuicio económico, a que el “victimario” sea encontrado culpable desde el punto de vista penal con la imposición de una pena.

2.1.3 Bien Jurídico Protegido.

Al tratar esta temática, suele diferenciarse entre bien jurídico inmediato y de bien jurídico mediato, donde se alude a un bien jurídico “mediato” como noción diferente de la de bien jurídico “inmediato”, el cual —por contraposición, a su vez, a aquél— recibe asimismo el nombre de bien jurídico específico o bien jurídico directamente tutelado, a lo que hay que subrayar, como dice BUJAN PEREZ⁶⁶, que es únicamente el bien jurídico inmediato (bien jurídico por antonomasia) es el que se incorpora al tipo de injusto o tipo de acción de la infracción delictiva de que se trate, en el sentido de que su vulneración (su lesión o su puesta en peligro) por parte de la acción del sujeto activo se erige como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de cualquier tipo, y cuya importancia tradicionalmente se ha señalado la función “interpretativa” del bien jurídico, en virtud de la cual es el bien jurídico despliega la tarea de descubrir el sentido y la finalidad de un determinado tipo penal en el marco de la denominada interpretación teleológica, que, como expresa el citado autor, en Derecho penal es la que posee la máxima significación.

Por el contrario, la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto, el intérprete no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro

⁶⁶ Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte General.*, ed. Tirant lo Blanch, 5º (Valencia, 2016), 148.

de dicho bien, ni tiene por qué exigir que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos a él, dado su carácter implícito en este análisis.

Ahora bien, como dijimos, los bienes jurídicos protegidos por la regulación de los delitos societarios son el patrimonio, particularmente de la Empresa y Sociedad Mercantil que se trate, como bien jurídico inmediato, y el orden socioeconómico, como bien jurídico mediato. Sin embargo, así mismo pueden entrar en análisis otros valores jurídicos importantes que la normativa penal pretende proteger⁶⁷, entre los que están: Transparencia de la Administración Societaria, esta tutela jurídico penal sobre autenticidad y fidelidad de la documentación y contabilidad, como manifestación de su personalidad jurídica diferenciada, se expresa como valor jurídico relevante penalmente. Si esta calificación la enfocamos desde la perspectiva de los derechos subjetivos que resultan protegidos, diríamos que sus destinatarios si bien aparecen como individualmente no determinados, pueden ser conceptualmente caracterizados como todos aquellos terceros potencialmente vinculables jurídicamente con la sociedad, mediante el abordaje jurídico de estas figuras delictivas que conculquen ese interés - por ejemplo, la de "informe o balance falso"- se protege la vigencia efectiva del sistema jurídico que regula y reglamenta las sociedades como instrumento jurídico de la vida económica, y también aparecen como protegidos los derechos de los socios a la información correcta: grupo individualizado de posibles damnificados, pero que también se hallarían resguardados frente a los administradores y órganos de control por el deber de fidelidad y respeto que el derecho les impone a éstos. Luego está la Lealtad de los administradores con relación a socios y patrimonio social. El abuso funcional y la infidelidad en la administración de los intereses confiados, con perjuicio real o potencial según el alcance del respectivo tipo penal, para los socios o a la sociedad, es aquí el claro y delimitado campo de la naturaleza del concepto jurídico merecedor de protección con amenaza de castigo, también resultan abarcados en el deber de

⁶⁷ Vélez, Héctor Guillermo y José Antonio Buteler, "*Delitos Societarios, el bien jurídico tutelado*", Comunicación presentada en IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, (San Miguel de Tucumán, 2014). <https://repositorio.uade.edu.ar/>

fidelidad de los administradores, por la tutela los derechos de socios, el debido y estricto cumplimiento de una correcta y legal información societaria.

Posteriormente, otro de los valores jurídicos protegidos esta la limitación a las potestades de las mayorías colegiadas dentro de la Sociedad por actitudes abusivas en perjuicio de los otros socios, esto, limita que se impongan acuerdos que exceden el límite ético o los fines societarios en detrimento patrimonial de la Sociedad, al consagrar el sistema de mayorías en la toma de decisiones colegiales de contenido patrimonial. Y finalmente, la normativa jurídico penal pretende proteger de Actos contrarios a los Estatutos que pongan en detrimento patrimonial a la sociedad, donde esta categorización responde a elaboración lógica conceptual, que permita mayor racionalidad y previsibilidad en elaboración de tipos penales societarios, y además como cartabón de interpretación y aplicación judicial a cada caso concreto del respectivo derecho positivo.

2.1.4 Autoría y participación.

En el campo de la autoría y participación la doctrina discute sobre quién puede ser autor en los delitos societarios, donde la tendencia natural es señalar a los administradores o al directorio corporativo, tal como se detallará más adelante, podemos expresar lo siguiente: tal como se encuentran redactados los tipos penales considerados en nuestra legislación como puramente societarios, esto es, aquellos dirigidos expresamente a regular conductas delictivas en el ámbito societario, no existe una restricción a los administradores y no se concreta adecuadamente cuál pueda ser la forma de intervención de otras personas, pudiendo ser realizados por los socios o aquellos que ostentan poderes materiales dentro de la sociedad, como dice QUINTERO OLIVARES⁶⁸, se configuran en la esfera de posibles autores, los administradores de hecho o de derecho, y otros tipos usan un plural que claramente alcanza a cualquier socio. En este ámbito, se pone de manifiesto la problemática de la responsabilidad penal de los órganos colegiados dentro de la Sociedad Mercantil.

⁶⁸ Quintero Olivares, "Delitos Societarios = Corporate Crimes," 240.

Al respecto, la doctrina señala, tal como se puede considerar en nuestro medio, que se remite a las reglas básicas de la autoría y participación generales, no existiendo una definición mas clara al respecto ofrecida, dejando al arbitrio judicial la aplicación en concreto.

La responsabilidad penal por las decisiones tomadas por un órgano colegiado, como el Consejo de Administración, se deja al azar del criterio de cada tribunal en cuanto a la aplicación de las reglas generales sobre autoría y participación. El C. Pn., en el mejor de los casos, se limita a aludir a los administradores, y, por deducción lógica, a los accionistas y socios, pero no hay mención alguna a órganos colegiados, que en las sociedades grandes son los únicos que efectivamente tiene poder para tomar decisiones, como capaces para ser autores de un delito societario.

Por último, cabe destacar en este apartado general sobre la autoría y participación en los delitos Societarios, que en relación con los administradores sociales cuando son personas físicas y pertenecen a un órgano colegiado, hay que recordar que, desde el punto de vista legal, no cabe responsabilidad penal por culpa en el ejercicio del cargo, pues en el ámbito societario tan sólo son punibles los comportamientos dolosos. Los actos o acuerdos lesivos realizados o adoptados de forma colegiada en detrimento patrimonial de la Sociedad, en cuanto responden a la voluntad de la mayoría, no implican automáticamente la responsabilidad penal de todos los miembros del consejo.

En el ámbito mercantil, pueden salvar su responsabilidad los que hubieren votado en contra y se opusieron a la ejecución del acuerdo societario. Nota característica del autor o participe de estos delitos, es precisamente el quebrantamiento del principio de confianza colocado sobre el que al final termina siendo para la Sociedad Mercantil en el criminal empresarial, o lo que es igual, en la corrupción de su cargo empresarial, pues como refiere CASTRO CUENCA, la corrupción es un fenómeno que proviene de factores económicos, institucionales, políticos, sociales e históricos, y tiene manifestaciones muy diversas de naturaleza privada, pública y

social⁶⁹, y que en la Sociedad Mercantil puede verse reflejado también para el ámbito privado empresarial.

2.2 Parte Especial de los Delitos Societarios.

A continuación, se efectuará una exposición de los delitos que pueden ser cometidos directamente en el ámbito de la sociedad mercantil y de la empresa mercantil, haciendo énfasis claro en lo dispuesto en nuestra legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, particularmente de la S.Pn.

2.2.1 Delito de Administración Fraudulenta.

El delito de administración fraudulenta, o como lo llama también la S.Pn.,⁷⁰, “administración desleal de los negocios de la empresa”, se encuentra previsto en nuestra legislación en el art., 218 del C. Pn., el cual establece lo siguiente: *“El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, aumentando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, será sancionado con prisión de tres a cinco años.”* Delito que, como veremos a continuación, posee una relevancia capital para el entendimiento de los delitos societarios y especialmente para la dogmática de la participación criminal del administrador de hecho y de derecho.

2.2.1.1 Aproximación conceptual.

Este ilícito penal que es prototípico de los llamados delitos societarios, por encontrarse sus conductas típicas dentro del ambiente propia de las sociedades mercantiles, es un delito cuya tipificación de conductas delictivas no a cambiado

⁶⁹ Castro Cuenca and Ospina Perdomo, *Derecho Penal Societario*, 157.

⁷⁰ Sala de lo Penal, *Casación, referencia 64C2015*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015)

desde el C. Pn., Derogado de 1973, el que lo regulaba en su artículo 244 en idénticos términos a la redacción actual, y que vino a ser una novedosa regulación respecto del C. Pn., de 1904, dado que éste no establecía ningún tipo de conducta delictiva de esta naturaleza dentro de su sección dedicada a las defraudaciones patrimoniales dentro de su título VIII, capítulo IV, desde su artículo 477, ante lo que podemos deducir el más que probable grado de insuficiencia actual a la protección de bienes o valores jurídicos afectados dentro del ámbito societario.

Delito clasificado tradicionalmente como especial, doloso, de resultado y de enriquecimiento para su autor, y que posee como idea central, como delito contra el patrimonio⁷¹, que castiga a los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno las infrinjan, excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio de naturaleza patrimonial.

En este orden de ideas, NIETO MARTIN⁷² analiza que la razón de ser de este delito debe buscarse en la relación que el autor tiene con el patrimonio. “En el resto de los delitos patrimoniales el autor ataca al patrimonio, en su conjunto o en elementos patrimoniales concretos, desde fuera: es un enemigo externo que debe actuar con fuerza, violencia, intimidación, engaño o apoderándose de algo que está fuera de su esfera de poder. En la administración desleal el autor es un enemigo interno, actúa desde dentro, como un caballo de Troya”.

2.2.1.2 Bien jurídico protegido.

Para la mayoría de la doctrina el bien jurídico es el patrimonio –la mayoría de las veces tanto el patrimonio social en general como el de los socios en particular– y no así el derecho de propiedad, que se salvaguarda por otros tipos (como el de la apropiación indebida). Pero además en este tipo se preserva de manera indirecta la estabilidad del tráfico económico: de manera indirecta porque a nuestro juicio lo que

⁷¹ Antonio Moya Jiménez, *Los Administradores Sociales y Los Delitos Societarios*, ed. AFERRE EDITOR S.L. (Barcelona, 2019), 205.

⁷² De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de La Empresa*, 250.

adicionalmente se protege de modo directo, como razona LUZÓN PEÑA⁷³, es la “*fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades*”, que a su vez condiciona el funcionamiento del sistema económico.

Evidentemente, con este tipo se asegura y salvaguarda un bien jurídico supraindividual: se suele aludir a la tutela del sistema económico y su estabilidad, pero si concretamos más, hay que referirse al funcionamiento no del propio sistema económico, sino a la fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario, de las sociedades como parte y pieza importantísima y fundamental en la actualidad del sistema económico de un país (capitalista o neocapitalista de economía de mercado). En la administración fraudulenta por tanto se protege por una parte el patrimonio tanto social de la entidad jurídica que se trate, como el patrimonio de los socios y de terceros equiparados en relación con la sociedad, pero por otra también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad, como bien jurídico colectivo o supraindividual.

Bienes jurídicos directamente relacionados, porque no se castiga sin más el menoscabo del patrimonio individual, sino el de muchas personas (socios y otros terceros) junto con el patrimonio social, y además mediante la infracción por el administrador de un deber fundamental dentro de las relaciones societarias y consagrado por las legislaciones mercantiles de sociedades: el deber de lealtad en la gestión de la sociedad y de los intereses patrimoniales de ésta y de los socios de modo que no se les causen daños indebidos, produciendo como efecto secundario el consiguiente perjuicio para terceros, empleados y acreedores; la expectativa y razonable seguridad de que no se producirá tal vulneración del deber de lealtad en la gestión social con sus indeseables repercusiones para terceros dentro del tráfico jurídico es la base de la confianza de la comunidad en el correcto funcionamiento del sistema societario.

⁷³ Diego-Manuel Luzón Peña y Raquel Roso Cañadillas, “La Administración Desleal Societaria En El Derecho Penal Español,” *InDret*, 2010, 197.

El aspecto supraindividual del bien jurídico tutelado en la administración desleal societaria es la base fundamental para sostener que, si la gestión desleal del administrador de una sociedad consiste en una forma especialmente grave de disposición fraudulenta como es la apropiación de bienes de la sociedad, existe, no un concurso de leyes, sino un concurso ideal de delitos entre apropiación indebida y administración desleal societaria.

En el mismo sentido para MORENO CHAMORO⁷⁴, “el bien jurídico protegido por el delito es la integridad del patrimonio social junto con la defensa de los patrimonios de los sujetos recogidos en el precepto entre ellos los socios (—y el interés de la sociedad no ha de coincidir necesariamente con el interés de los socios y un socio puede causar un perjuicio a los demás «socios» (perjudicados) en su propio y personal beneficio—) y los denominados «titulares de los bienes, valores o capital que administren»”, esto es, la propia sociedad puede ser también sujeto pasivo idóneo del delito, por lo que el perjuicio causado a la sociedad también es típico, ya que si la disposición de los bienes de la sociedad causa un perjuicio a sus socios es porque previa o simultáneamente se la ha causado igualmente al patrimonio de la sociedad, protegiendo el patrimonio social o individual del abuso de poder o infracción de los deberes de lealtad o infidelidad por parte de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad.

Otro punto de vista dogmático penal ofrece GARCIA CAVERO⁷⁵, al expresar que el enfoque penal se centra en la lesividad específica del injusto y no en su repercusión mediata en el funcionamiento global de ciertos sectores sociales, por lo es razonable localizar el bien jurídico protegido por el delito de administración fraudulenta a nivel del afectado en sus derechos por el injusto. Tal como originariamente sucedió con la incorporación del delito de administración fraudulenta alemán, que lo que el delito

⁷⁴ Ismael Moreno Chamarro, *Delitos Societarios: Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales*, ed. Editorial Universitaria Ramón Areces (Madrid, 2018), 129.

⁷⁵ Percy García Caverro, “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta,” *InDret*, November 3, 2020, 155, doi:10.31009/InDret.2020.i4.04.

de administración fraudulenta lesiona es, en realidad, “*la confianza que el titular del patrimonio deposita en el administrador infiel*”. Sin embargo, razona el citado autor, que es evidente que el tipo penal no se sustenta en la sola defraudación de la confianza depositada en el administrador, sino que ésta cobra cuerpo en el perjuicio patrimonial irrogado. Si bien el administrador asume la administración del patrimonio por un acto de confianza, lo que se protege es la ordenada gestión del patrimonio confiado.

En consecuencia, no hay duda de que la administración fraudulenta constituye un delito contra el patrimonio. Identificado el bien jurídico, es posible indicar quién es su titular. En principio, tal calidad recae sobre el titular del patrimonio administrado. Los actos de administración fraudulenta deben producir, en ese sentido, un menoscabo en el patrimonio administrado.

2.2.1.3 Tipicidad objetiva y subjetiva.

Dentro de los elementos objetivos del tipo penal en estudio, legalmente tenemos que, los verbos rectores o conductas típicas tienen un denominador idéntico, consistente en la violación por parte del autor del delito, de los deberes que le incumben para el correcto manejo, administración o cuidado de los bienes ajenos, violación que se concreta en la realización de los límites que debe observar, perjudicando a la víctima, que, usualmente, es la propia sociedad y sus integrantes, a través de alguna de las modalidades típicas recogidas en el artículo del C. Pn., en estudio: Alterando el sujeto activo en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos o aumentando los que hubiere hecho, u Ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente.

Al respecto la S.Pn.,⁷⁶ a expresado que, tres son los verbos rectores que recoge el tipo penal en análisis: Primero, Administración, el cual se trata de la facultad de

⁷⁶ Sala de lo Penal, *Casación, referencia 313C2018*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018), 6.

dirigir y gobernar el patrimonio de otro, ordenando los medios para su mejor conservación, empleo y realización. Sin duda ésta es la relación más amplia y de más responsabilidad de todas que puede incidir en el patrimonio ajeno. Segundo, Manejo. El manejo de los bienes pecuniarios de un tercero es una facultad que importa el gobierno y la dirección de intereses patrimoniales ajenos, pero con sentido y alcance determinados o sujeta al desenvolvimiento de una o varias gestiones o negocios, y finalmente, tercero, Cuidado. Se considera que el cuidado de los intereses del administrado cabe en los supuestos de administración y manejo, ya que constituye un deber de todo administrador y la palabra “cuidado” no debe asimilarse a la simple guarda o utilización de bienes de un tercero, sino que abarca una situación de mayor importancia en lo que hace a la relación con el bien. La mencionada Sala expone también, que los elementos del analizado son: a) Que alguien por cualquier motivo tenga a su cargo la administración, manejo o el cuidado de bienes ajenos, y b) Que por esa circunstancia con *ánimo de lucro* perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores, o empleándolos indebidamente.

Se trata de un delito típicamente doloso, lo que implica decir que el sujeto activo debe actuar con la intención de perjudicar a su administrada o representada⁷⁷. Están excluidas las acciones u omisiones culposas, si la persona decide asumir indebidamente préstamos, por ejemplo, que terminan perjudicando a la persona jurídica pero que obedecieron a un proceder negligente del sujeto —por ejemplo, exceso en su mandato, cálculo equivocado de rentabilidad, etcétera—, que sin duda traerá consigo responsabilidad, pero de otro tipo que no sea penal.

⁷⁷ Sánchez-Moreno y Heudebert, *Delitos Económicos, Contra La Administración Pública y Criminalidad Organizada*, 18:58.

2.2.1.4 Consumación.

La consumación del delito exige la producción de perjuicio para el sujeto pasivo, por lo que se trata de un delito de resultado, en el que se deberá acreditar la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y tal perjuicio, siendo posible la tentativa.

En ese sentido, al analizar la conducta ejecutada por el autor, la tratadista FARALDO CABANA⁷⁸, expresaba un análisis aplicable a la figura legal analizada regulada en nuestro sistema jurídico manifestando que el desvalor de acción de la administración fraudulenta se centraba en la infracción por parte del sujeto activo de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en su relación con la sociedad y los socios. Al obrar con este abuso el autor quebranta los especiales deberes de lealtad y fidelidad derivados de la confianza que la sociedad y los socios habían depositado en él y que es aprovechada para cometer el delito, prevaliéndose de la situación indudablemente ventajosa que disfruta y de las facilidades que le otorga la posición en que se halla.

Estos deberes del administrador, establecidos y regulados por normas legales y reglamentarias en el ámbito societario, se concretan fundamentalmente en la obligación de custodiar los intereses patrimoniales de la sociedad e, indirectamente, de los socios, y titulares de los bienes, valores o capital administrados. La contrariedad al deber se configuraba, pues, como un elemento esencial del tipo de administración social fraudulenta, en este orden, precisamente, el perjuicio económico ocasionado por el autor al patrimonio social sobre la base del abuso de su posición de poder en superioridad, hace que el reproche penal efectuado sea de mayor relevancia penal.

⁷⁸ Faraldo Cabana, *Delitos Societarios*, 373–74.

La Misma autora⁷⁹, ponía de relieve que el perjuicio patrimonial no solo comprendía el daño emergente, como la consecuencia mas directa y palpable, sino también el lucro cesante. Se entendía mayoritariamente que el perjuicio podía consistir tanto en una minoración del patrimonio como en la ausencia de un incremento patrimonial esperado, pues el tenor literal no lo impedía y era político-criminalmente aconsejable la inclusión del lucro cesante en el concepto de perjuicio. El llamado “daño emergente” se comprenderán las pérdidas efectivamente sufridas y el lucro cesante o frustrado, la carencia de un incremento posible o ganancia dejada de percibir como consecuencia de una gestión desleal o fraudulenta.⁸⁰

En definitiva, este delito castiga la lesión del patrimonio ajeno, a través del ejercicio o desempeño de la posición de dominio -de adentro hacia fuera, y que es sólo en virtud de una existente posición de poder-, en donde la lesión de la relación interna es sólo una medida de la Antijuricidad. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva respecto de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.⁸¹

2.2.1.5 Autoría y participación.

El autor de este delito debe reunir la calidad de administrador o representante de la sociedad o empresa⁸². El legislador claramente hace referencia a la condición de fundador o socio cuando reúne esa calidad de administrador único propietario, miembro del directorio o junta directiva, del consejo de administración o vigilancia, gerente, administrador o liquidador de la sociedad. Con una fórmula genérica hace referencia a la calidad de administrador o representante. Con esta modificación, el legislador prescinde del cargo que ocupa el sujeto activo en la estructura de la Sociedad, dado que no cierra la alternativa a si es miembro o no directiva o socio

⁷⁹ Ibid., 381.

⁸⁰ Moya Jiménez, *Los Administradores Sociales y Los Delitos Societarios*, 207.

⁸¹ Sala de lo Penal, *Casación, referencia 313C2018*, 5.

⁸² Sánchez-Moreno y Heudebert, *Delitos Económicos, Contra La Administración Pública y Criminalidad Organizada*, 18:55.

mayoritario o no, para poner el acento en su capacidad de tomar decisiones al interior de esta o de ejercer el poder de actuar en nombre de ella ante terceros. Queda claro entonces que no cualquiera puede ser autor de este delito, sino únicamente quien ejerce las funciones de administración y representación, de hecho, o de derecho.

Por lo que respecta a la posición del sujeto activo, la nota definitoria básica en el delito debe venir integrada por el deber de cuidado patrimonial que incumbe a una persona, a la que, en concreto, le ha sido encomendada la facultad jurídica de decisión autónoma de administrar (o gestionar) un patrimonio societario ajeno, en el sentido, expresa BUJAN PEREZ⁸³, de que “dicho sujeto goza de un margen de discrecionalidad relevante en la gestión de dicho patrimonio”, posición que le pone en una calidad especial respecto de la comisión del delito.

Al respecto, LUZÓN PEÑA⁸⁴ expresó que, el sujeto activo o autor del delito de administración desleal no puede ser cualquiera, sino el administrador de derecho o de hecho o los socios, por ello nos encontramos ante un delito especial propio y no impropio, porque no hay ningún delito común paralelo en el C. Pn., con el que mantenga la administración desleal una relación de especialidad, ni siquiera la apropiación indebida, y el Administrador de derecho es quien ejerce individual o colegiadamente, p. ej. dentro de un consejo de administración, de modo permanente la función de administrar la sociedad reuniendo todos los requisitos y formalidades legales en cuanto a su nombramiento, inscripción, duración de su cargo, etc.

Sobre la autoría en este delito, la S.Pn.,⁸⁵ a valorado que, que nos encontramos ante un delito especial, e autoría “limitada”, es decir, “únicamente pueden ser sujetos activos quienes ostentan cualificación exigida por la ley”, en relación con

⁸³ Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de La Empresa, Parte Especial*, ed. Tirant Lo Blanch, 5° (Valencia, 2015), 558.

⁸⁴ Luzón Peña y Roso Cañadillas, “La Administración Desleal Societaria En El Derecho Penal Español,” 199.

⁸⁵ Sala de lo Penal, *Casación, referencia 313C2018*, 5.

bienes e intereses patrimoniales ajenos societario. En ese entendimiento, se trata de la persona a quien se le ha confiado el manejo, la administración o el cuidado de los bienes o intereses pecuniarios de un tercero respecto de los cuales ejerce un poder de disposición en razón de la relación que tiene con ese patrimonio. Luego, más adelante, la Sala expone que se comprende por “*administrador de derecho*” a quien el derecho extrapenal, en concreto mercantil, lo califica de tal manera, es decir, quien ejerce (solo o con otros) las funciones de administración (o sea, gobierno, gestión y representación) de la sociedad con cumplimiento de todos los requisitos legales de nombramiento, inscripción, período de ejercicio del cargo, entre otros. Arts. 254 y siguientes del Com. Ahora bien, cuando el empleado está autorizado para realizar operaciones que van más allá de su tarea específica, se le otorga la cualidad de “*administrador de hecho*”, pues de *facto* ejerce -aun sin nombramiento-, funciones continuas de administración.

2.2.1.6 Jurisprudencia aplicativa.

La S.Pn., de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, se ha referida a los aspectos trascendentales de este tipo penal, tanto doctrinales como de aplicación práctica. En las siguientes líneas abordaremos ejemplificación de ello. En primer lugar, para el efecto de estudio de este trabajo, la S.Pn., considera, la calidad especial requerida respecto del autor para considerar consumado el delito de Administración Fraudulenta, relacionada en particular con los valores ajenos que le configuran: “*Calidad especial del autor en el delito de Administración Fraudulenta. Es necesario, primeramente, señalar que nos encontramos ante un delito especial, e autoría “limitada”, es decir, únicamente pueden ser sujetos activos quienes ostentan cualificación exigida por la ley en relación con bienes e intereses patrimoniales ajenos. En ese entendimiento, se trata de la persona a quien se le ha confiado el manejo, la administración o el cuidado de los bienes o intereses pecuniarios de un tercero respecto de los cuales ejerce un poder de disposición en*

*razón de la relación que tiene con ese patrimonio.*⁸⁶ Es decir, la calidad especial del sujeto activo le vuelve un delito especial propio, dado que no existe otro delito equiparable al mismo ausente de tal calidad, pero luego para poder configurar o ejecutar el delito, el sujeto activo especial debe realizar las siguientes acciones identificadas y desarrolladas por dicha Sala como verbos rectores: **“Administración.** *Es la facultad de dirigir y gobernar el patrimonio de otro, ordenando los medios para su mejor conservación, empleo y realización. Sin duda ésta es la relación más amplia y de más responsabilidad de todas que puede incidir en el patrimonio ajeno”.*

Luego de esta identificación conceptual, la Sala reconoce la existencia del Administrador de Hecho, cuya configuración visualiza de la forma siguiente, diferenciándolo del administrador de derecho: *“Se comprende por “administrador de derecho” a quien el derecho extrapenal, en concreto mercantil, lo califica de tal manera, es decir, quien ejerce (solo o con otros) las funciones de administración (o sea, gobierno, gestión y representación) de la sociedad con cumplimiento de todos los requisitos legales de nombramiento, inscripción, período de ejercicio del cargo, entre otros. Arts. 254 y siguientes del Com.. Ahora bien, cuando el empleado está autorizado para realizar operaciones que van más allá de su tarea específica, se le otorga la cualidad de “administrador de hecho”, pues de facto ejerce -aun sin nombramiento-, funciones continuas de administración.”* De esta interpretación, que podemos calificar de limitada, puesto que, como se desarrollará en este trabajo, tal cualificación es variada en manifestaciones concretas, sin embargo, en principio, la aceptación de la figura ya marca una pauta importante para la jurisprudencia salvadoreña, al ser la única sentencia definitiva en sede Casacional encontrada que habla al respecto. Posteriormente, la Sala expresa, que entiende por los dos verbos rectores restantes del tipo penal en estudio: **“Manejo.** *El manejo de los bienes pecuniarios de un tercero es una facultad que importa el gobierno y la dirección de intereses patrimoniales ajenos, pero con sentido y alcance determinados o sujeta al*

⁸⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 313C2018*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018)

desenvolvimiento de una o varias gestiones o negocios. **Cuidado.** Se considera que el cuidado de los intereses del administrado cabe en los supuestos de administración y manejo, ya que constituye un deber de todo administrador y la palabra “cuidado” no debe asimilarse a la simple guarda o utilización de bienes de un tercero, sino que abarca una situación de mayor importancia en lo que hace a la relación con el bien.”

Luego, para abordar la temática de la diferenciación del administrador de hecho y de derecho, la Sala expresa: “Recuérdese que el administrador tiene las mismas facultades de disposición del propietario no sólo sobre el dinero que recibe para destinarlo al ejercicio de la función de administrar sino también, sobre el resto de los elementos patrimoniales que integran el patrimonio del administrado. El administrador puede abusar del cargo, cuando obtiene su propio beneficio o el de un tercero perjudicando el patrimonio que administra, ordenando, por ejemplo, comprar un bien al superior del precio del mercado, etc.”

La honorable S.Pn., también aborda la modalidad *continuada* del delito en comento, expresando que: “Es decir, que en el caso citado se tuvo por demostrado el delito de Administración Fraudulenta en su modalidad *continuada*, el cual se configura cuando se cometen infracciones sucesivas, manifestándose el daño de forma recurrente, persistiendo la acción en el tiempo, existiendo una pluralidad de acciones que afectan a la víctima con un mismo propósito criminal, infringiendo el mismo precepto penal, como sucedió en el caso de autos, pues se acreditó que hubieron varias acciones dolosas ejecutadas por los imputados en semejantes condiciones...”⁸⁷

En otro precedente importante, la S.Pn., ha expresado la “delegación parcial” de funciones como elemento configurativo del tipo penal, manifestando como ésta se materializa al “delegar facultades de manejo, cuidado o administración” desligándole

⁸⁷ Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 22C2020*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2021)

de las facultades particulares del Mandato, expresando: *“Si bien es cierto, la delegación parcial de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos, constituye uno de los elementos esenciales integradores del delito de Administración Fraudulenta, previsto en el Art. 218 Pn., dicho elemento no se materializa con un poder para litigios y cobranzas que, atento a su naturaleza jurídica, sólo autoriza al apoderado a ejercer ese tipo de actos, pues en manera alguna tiene el alcance de delegar facultades para manejar, cuidar o administrar bienes del poderdante; lo mismo sucede si en un mandato se autoriza al mandatario para que en nombre y representación del mandante celebre contratos de compraventas determinadas, porque a través de ese acto jurídico no se le está confiriendo ninguna facultad relacionada con el manejo, cuidado o administración de bienes, en tanto el mandato se limita a la celebración de contratos.”*⁸⁸

2.2.2 Delito de Apropiación o retención indebida.

El delito que ahora nos ocupa en análisis, como parte integral de los delitos cometidos en el ámbito de las Sociedades Mercantiles, se encuentra dispuesto en el artículo 217 del C. Pn., el cual expresa: *“El que teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena por un título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa o su valor, se apropiare de ella o no la entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.”* Delito que al igual que la Administración Fraudulenta, aparece en nuestro sistema jurídico por medio del C. Pn., de 1973, el que lo regulaba en su artículo 245 en los mismos términos a la redacción actual, y el C. Pn., de 1904 no poseía, dado que en su sección dedicada a las defraudaciones patrimoniales dentro de su título VIII, capítulo IV, desde su artículo 477, no se encontraba previsto, ante lo que podemos argumentar en iguales términos, el más que probable grado de desactualización actual a la protección de bienes o valores jurídicos afectados dentro del ámbito societario.

⁸⁸ Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 77C2014*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015)

2.2.2.1 Aproximación conceptual.

Delito catalogado como Especial, de Omisión Impropia, de Mera Actividad o resultado cortado, eminentemente doloso bajo el ánimo de lucro necesario para su configuración y de los que se encuentran dentro de los llamados de Defraudación⁸⁹. Este tipo penal se diferencia de otras figuras penales por que la posesión derivada de alguno de los títulos que sirve para diferenciar el delito del hurto, también la propiedad sirve para delimitar la apropiación de otros delitos e incluso del ámbito de la más absoluta impunidad.⁹⁰ Esto por el hecho de ser un delito especial, pues únicamente el sujeto activo con obligación derivada de algún título es quien ejecuta el delito. En este orden de ideas, NIETO MARTIN⁹¹ expresa que el delito de apropiación indebida protege la propiedad; y que por lo tanto es complementario a los delitos de robo o al hurto, y su función es tutelar ataques que se caracterizan porque “el autor tiene en su poder de manera legítima el bien que después pretende incorporar a su patrimonio. Esto hace que exista una cierta zona gris en el deslinde con el delito de administración desleal.”

2.2.2.2 Bien jurídico protegido.

De esta descripción legal la S.Pn.,⁹² comenta que se desprende que el bien jurídico protegido es el derecho de propiedad cuando se trata de objetos específicos y en el caso de los bienes fungibles como el dinero, se protegen determinados derechos de crédito. El presupuesto típico exige que el anterior tenedor de la cosa la haya entregado al agente en virtud de un título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

⁸⁹ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, ed. Tirant Lo Blanch, 20° (Valencia, 2015), 306.

⁹⁰ *Ibid.*, 362.

⁹¹ De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de La Empresa*, 241.

⁹² Sala de lo Penal, Sentencia definitiva, referencia 363C2017, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018), 6.

2.2.2.3 Tipicidad objetiva y subjetiva.

Desde un punto de vista legal, la describe típica propone distintas alternativas: apropiarse del objeto material, o no entregarlo o restituirlo a su debido tiempo. Donde el concepto de “disposición” es el coincidente en todo ellos. Hay apropiación o retención indebidas cuando el que no es el propietario, pero tiene la cosa bajo su disposición material, realiza algún acto que supone que se atribuye la calidad de propietario de la cosa, de modo que ya no puede, definitivamente, entregarla o devolverla en el momento preciso como era su obligación, por el evidente ánimo de lucrarse de esa acción. Se ha discutido si cabe cometer por omisión la apropiación indebida, en los casos en los que el sujeto activo admite tener la cosa con la obligación de entregarla o devolverla, pero no la entrega o devuelve. Hay acuerdo general en que no basta la simple negativa a entregar o devolver para entender que haya delito, sino que deberá ir acompañada de un acto de disposición, es pues, que su omisión viene acompañada de un acción de no entrega. Aquellas personas que niegan la posibilidad de realizar actos de disposición por omisión, no admiten la apropiación indebida omisiva, pero para los que sí admiten tal posibilidad, porque socialmente se dé a la no entrega el significado de acto de disposición, o porque, en los casos de bienes fungibles, la retención de tales objetos equivale a la disposición, sí cabe esa comisión por omisión.

Para configurar la situación típica debe corroborarse la omisión, siendo necesario que el sujeto activo haya recibido la cosa en virtud de alguno de los títulos mencionados en la ley, los cuales producen la obligación de entregar o devolverla posteriormente. Tal omisión, consiste en negarse a restituir (incumplir la obligación de entregar la cosa a un tercero distinto de aquel que la había entregado al agente) o no restituir (incumplir la obligación de devolver la cosa a quien se la entregara al agente). Se debe tener en cuenta, que al igual que en todos los delitos omisivos, es un requisito típico que el sujeto activo haya podido realizar la conducta que no realizó.

En cuanto al objeto material del delito es cualquier cosa mueble ajena, incluidos dinero y efectos mientras no hayan pasado a ser propiedad del agente; quedando fuera del tipo los bienes inmuebles. Las cosas muebles objeto de la apropiación han de ser recibidas en depósito, comisión o custodia, o haberse recibido en virtud de “otro título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas”⁹³. Es decir, la cosa ha de tenerse por un título traslativo de la posesión a favor del sujeto activo, que luego de serle exigible la devolución, esto no se produce por el ánimo de lucro que involucra las acciones típicas.

Lo mismo que en el delito de hurto, se exige también aquí el ánimo de lucro referido a la intención de apropiarse de la cosa: «*animus rem sibi habendi*»⁹⁴, o de disponer de ella sin facultades para ello por el título mediante el cual originalmente se le dio la cosa mueble ajena, lo que, en consecuencia, de ello produce un perjuicio en el sujeto pasivo.

Para ADAN NIETO MARTIN⁹⁵, el tipo objetivo de este delito se compone de tres elementos: En el primero de ellos es poner en manos del futuro autor del delito un bien mueble (o dinero). El segundo es que el autor del delito realice un acto de disposición sobre el bien mueble que ha recibido y por último, la expropiación del bien, que supone el menoscabo del derecho de propiedad sobre la cosa que posee legítimamente la víctima, el propietario del bien.

El sujeto pasivo es el propietario de la cosa retenida ilegítimamente, no siendo necesario que quien transfiere la posesión y quien sufre el perjuicio sean la misma persona, debiendo ser el titular del derecho a quien se restituya o se entregue la cosa confiada.

⁹³ Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, 364.

⁹⁴ *Ibid.*, 365.

⁹⁵ De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de La Empresa*, 241–43.

2.2.2.4 Consumación.

En cuanto a la consumación del delito, es pertinente señalar que el elemento estructural en esta clase de infracción se concreta en el desvío del destino respecto del objeto cuya posesión inicialmente se detentaba como secundaria y lícita, pues el poseedor de la cosa confiada ya no la restituye, sino que dispone de la misma como dueño, con el propósito de obtener una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo para sí o para la otra persona.

Para autores como MUÑOZ CONDE cabe la tentativa en el delito, esto cuando, pese a consumarse la apropiación de la cosa, esto no produce perjuicios económicos para el sujeto pasivo, pues el resultado de la apropiación indebida consiste en la apropiación, que se manifiesta al realizarse los actos de disposición ... y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce en el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de las cosas. Normalmente apropiación y perjuicio suelen coincidir, pero si, a pesar de los actos dispositivos, no se llega a producir el perjuicio patrimonial lesivo para el sujeto pasivo, el delito no se consuma y cabe la tentativa⁹⁶, sin embargo, el perjuicio se produce con el mismo hecho de no devolución o restitución de la cosa, por los términos que son regulados en el tipo penal, por lo que esa sola actividad hace poco concebible la tentativa en nuestro sistema legal.

La jurisprudencia de la S.Pn.,⁹⁷ a establecido como elementos para la consumación de este ilícito, los siguientes: *“a) Una previa posesión, de lo que sea su objeto recibido, por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, b) Un cambio de animus en el sustentador de la posesión, que debe ser en concepto distinto al de dueño, reconociendo el dominio en otra persona, pasa a tener la intención de hacer propia la cosa que es de otro y c) Un comportamiento material de apropiación por*

⁹⁶ Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, 366.

⁹⁷ Sala de lo Penal, Sentencia definitiva, *referencia 171-CAS-2011*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014), 6.

el ejercicio, de hecho, de facultades propias del dominio, ya sea gozando o disponiendo de la cosa como dueño”.

2.2.2.5 Autoría y participación.

El sujeto activo, puede serlo solamente quien haya recibido el objeto material en virtud de un título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, pues se está frente a un delito especial, debiendo concurrir dos circunstancias: 1) Que tenga el bien bajo su poder o custodia y 2) Que lo tenga por uno de los títulos contemplados en la Ley.

El autor incurre en esta figura cuando, no habiendo entregado o devuelto el bien mueble según lo dispuesto por el título de entrega, se niega ilegítimamente a hacerlo con perjuicio patrimonial para el dador u otra persona, incorporándolo en su patrimonio. Directamente relacionado sobre la autoría del delito, NIETO MARTIN⁹⁸ analiza que el tipo subjetivo de la apropiación indebida requiere que el autor conozca que el uso que da al bien genera un “riesgo jurídicamente desaprobado de expropiación”, es decir, de “incumplimiento definitivo de devolver o cumplir con lo pactado”. A este ánimo se le ha denominado tradicionalmente “*animus rem sibi habendi*”. Este ánimo no es, sin embargo, otra cosa que parte del dolo del delito de apropiación indebida. Es posible el dolo eventual, lo cual sucede en aquellos casos en que el autor se plantea que existe una alta probabilidad de que el uso que le da al bien suponga la expropiación del autor.

2.2.2.6 Jurisprudencia aplicativa.

La honorable S.Pn., de la Corte Suprema de Justicia, aborda el análisis de este tipo penal de forma integral, considerando, desde su bien jurídico protegido, sujetos del delito, su conducta típica, objeto del delito, consumación, etc., de la siguiente forma: “De esta descripción se desprende que **el bien jurídico protegido** es el derecho de

⁹⁸ De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de La Empresa*, 244.

propiedad cuando se trata de objetos específicos y en el caso de los bienes fungibles como el dinero, se protegen determinados derechos de crédito. El **presupuesto típico** exige que el anterior tenedor de la cosa la haya entregado al agente en virtud de un título que produzca obligación de entregarla o devolverla. **El sujeto activo**, puede serlo solamente quien haya recibido el objeto material en virtud de un título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, pues se está frente a un delito especial, debiendo concurrir dos circunstancias: 1) Que tenga el bien bajo su poder o custodia y 2) Que lo tenga por uno de los títulos contemplados en el texto legal. **El sujeto pasivo** es el propietario de la cosa retenida ilegítimamente, no siendo necesario que quien transfiere la posesión y quien sufre el perjuicio sean la misma persona, debiendo ser el titular del derecho a quien se restituya o se entregue la cosa confiada. Entonces, para **configurar la situación típica** debe corroborarse **la omisión**, siendo necesario que el sujeto activo haya recibido la cosa en virtud de alguno de los títulos mencionados en la ley, los cuales producen la obligación de entregar o devolverla posteriormente. Tal omisión, consiste en negarse a restituir (incumplir la obligación de entregar la cosa a un tercero distinto de aquel que la había entregado al agente) o no restituir (incumplir la obligación de devolver la cosa a quien se la entregara al agente). Se debe tener en cuenta, que al igual que en todos los delitos omisivos, es un requisito típico que el sujeto activo haya podido realizar la conducta que no realizó. En cuanto al **objeto material** del delito es cualquier cosa mueble ajena, incluidos dinero y efectos mientras no hayan pasado a ser propiedad del agente; quedando fuera del tipo los bienes inmuebles. **El autor incurre en esta figura** cuando, no habiendo entregado o devuelto el bien mueble según lo dispuesto por el título de entrega, se niega ilegítimamente a hacerlo con perjuicio patrimonial para el dador u otra persona. En cuanto a la **consumación del delito**, es pertinente señalar que el elemento estructural en esta clase de infracción se concreta en el desvío del destino respecto del objeto cuya posesión inicialmente se detentaba como secundaria y lícita, pues el poseedor de la cosa confiada ya no la restituye, sino que dispone de

la misma como dueño, con **el propósito** de obtener una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo para sí o para la otra persona.”⁹⁹

También podemos señalar jurisprudencia importante respecto de este delito, en la relativo a las formas de consumación del mismo, en cuanto a lo siguiente: “a) *Una previa posesión, de lo que sea su objeto recibido, por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, b) Un cambio de animus en el sustentador de la posesión, que debe ser en concepto distinto al de dueño, reconociendo el dominio en otra persona, pasa a tener la intención de hacer propia la cosa que es de otro y c) Un comportamiento material de apropiación por el ejercicio, de hecho, de facultades propias del dominio, ya sea gozando o disponiendo de la cosa como dueño.*” Se señala además por la jurisprudencia Casacional que “*En cuanto al delito consumado, se entiende por tal la completa realización de la conducta descrita en el tipo por el legislador. En el caso de los delitos patrimoniales, concretamente en el de Apropiación o Retención Indebidas, que es de actual discusión, como primer punto es pertinente señalar que el elemento estructural en esta clase de infracción se materializa íntegramente ex post, es decir, se concreta en el desvío del destino respecto del bien cuya posesión inicialmente se detentaba como secundaria y lícita, pues el poseedor de la cosa confiada ya no la restituye, sino que dispone de la misma como dueño, con el propósito de obtener una ventaja o un beneficio patrimonial ilegítimo para sí o para la otra persona incurriendo en sanción de privación de libertad de dos a cuatro años.*”¹⁰⁰

2.1.1 Delito de Alzamiento de bienes.

El siguiente delito que analizamos a continuación, que suele ser de aquellos de más probable consumación en el ámbito de la Sociedad Mercantil y de la empresa es el Alzamiento de bienes, previsto en el artículo 241 del C. Pn., que expresa lo

⁹⁹ Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 363C2017*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018)

¹⁰⁰ Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 171-CAS-2011*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014)

siguiente: *“El que para sustraerse al pago de sus obligaciones, se alzare con sus bienes, los ocultare, simulare enajenaciones o créditos, se trasladare al extranjero o se ausentare sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas o realizare cualquier otro acto en fraude a los derechos de sus acreedores, será sancionado con prisión de uno a tres años. La acción penal solo podrá ser ejercida si la insolvencia resultare comprobada por actos de ejecución infructuosa en la vía civil.”*

2.1.1.1 Aproximación conceptual.

El delito de alzamiento de bienes es de simple actividad o riesgo, especial, doloso, siendo el momento consumativo cuando se lleva a cabo el acto de disposición sobre el propio patrimonio que coloca al deudor en situación de no poder hacer frente a sus obligaciones. Delito previsto desde el C. Pn., de 1904 tenía existencia en El Salvador, en su artículo 477, catalogándolo como una defraudación, junto con la quiebra y la insolvencia punible.

2.1.1.2 Bien jurídico protegido.

En el delito de alzamiento de bienes el bien jurídico protegido es el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos, este derecho es la contrapartida a la responsabilidad del deudor de mantener su patrimonio en condiciones de responder sobre sus deudas.

Bien jurídico protegido es el derecho a la satisfacción patrimonial de los acreedores en el patrimonio del deudor en caso de que éste incumpla sus obligaciones. El incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor carece, como tal incumplimiento, de relevancia como bien jurídico protegido en este delito. Sólo cuando ese incumplimiento obligacional va acompañado o se traduce en la frustración del interés del acreedor en satisfacerse en el patrimonio del deudor,

porque éste evade los bienes que están adscritos al cumplimiento de las obligaciones, es cuando se justifica la intervención del Derecho penal.¹⁰¹

2.1.1.3 Tipicidad objetiva y subjetiva.

En el delito de alzamiento de bienes no se castiga el mero incumplimiento de las obligaciones, sino aquellas conductas fraudulentas por las que el deudor frustra el derecho que los acreedores tienen a satisfacerse en el patrimonio del deudor. Los elementos normativos que describen el delito de alzamiento de bienes entendido este como la huida del deudor con sus bienes o la sustracción de los bienes propios a la acción de los acreedores de modo que se hace ineficaz el medio de ejercitar su derecho a la satisfacción del crédito.

Analiza MUÑOZ CONDE que en el tipo objetivo de este delito descansa en la existencia de una relación jurídica obligacional que debe ser preexistente a la comisión del delito, aunque no es necesario que esté vencida. La determinación de la existencia de este presupuesto lo hará el tribunal de lo penal con total independencia; aunque, en los casos en que ese presupuesto sea objeto de litigio ante otro tribunal (no penal), deberá esperar a la resolución de éste, no para quedar vinculado a su decisión, sino para tenerla en cuenta como un hecho más (cuestiones prejudiciales).¹⁰²

2.1.1.4 Consumación.

La preexistente obligación tiene que estar válidamente constituida conforme al ordenamiento que la rija y haber nacido con anterioridad al momento de la comisión del hecho y se requiere que el acreedor haya ejercido y agotado la vía civil para recuperar su crédito, y no haber tenido éxito, pues se exige como condición objetiva de procesabilidad es que antes de ejercer la acción penal el acreedor haya ejercido infructuosamente la acción civil.

¹⁰¹ Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, 373.

¹⁰² *Ibid.*, 375.

2.1.1.5 Autoría y participación.

Para ser enmarcado el sujeto activo dentro de este delito en la calidad de autor, requiere necesariamente la existencia de una relación jurídica crediticia, que confiere a los sujetos activo y pasivo las calidades de deudor y acreedor, donde el primero, al poseer esa calidad, pone, dolosamente, su propio patrimonio en condición de incumplimiento de obligación en detrimento del derecho de crédito del acreedor.

Sobre esta línea, el ya citado autor Muñoz Conde expresa que el sujeto activo del delito de alzamiento de bienes sólo puede ser el deudor. Debe considerarse este delito, por tanto, como un delito especial, en el que sólo puede ser autor el que ostenta tal cualidad de deudor y de propietario de los bienes alzados.

2.1.1.6 Jurisprudencia aplicativa.

En cuanto a este tipo penal, la jurisprudencia de la S.Pn., se vuelve mas escasa, entre tanto este delito, junto con el abordado posteriormente mas adelante, no llegue frecuentemente hasta ese estadio de conocimiento jurisdiccional, sin embargo encontramos que la Sala ha expresado sobre los efectos o no de cosa juzgada en estos casos, que *“la resolución emitida por la sede dealzada no tiene efectos procesales de cierre, por tratarse de un procedimiento penal de acción privada, dado que, ha sido interpretado por vía jurisprudencial, en el caso que se rechace de manera liminar la acusación particular por la ausencia de un requisito legal, existe la posibilidad de un segundo planteamiento y solamente en la eventualidad que se rechace por segunda ocasión la acusación formulada por la víctima o sus representantes, se producen efectos procesales de cierre.”*¹⁰³

¹⁰³ Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 522C2019*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2020)

2.1.2 Delito de Quiebra Dolosa.

Finalmente, analizaremos el delito de Quiebra Dolosa, regulado en el Art., 242 del C. Pn., el cual expresa lo siguiente: “*El que fuere declarado por juez competente en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia fuere ocasionada o agravada dolosamente por el deudor o por persona que actuare en su nombre, será sancionado con prisión de tres a siete años.*”

2.1.2.1 Aproximación conceptual.

El delito de Quiebra Dolosa, es de simple actividad o riesgo, especial, doloso, siendo el momento consumativo cuando el deudor llega dolosamente a la insolvencia, con el fin de frustrar los derechos patrimoniales de los acreedores. Delito regulado desde el C. Pn., de 1904 tenía existencia en El Salvador, en su artículo 477, catalogándolo como una defraudación, junto con la quiebra y la insolvencia punible.

2.1.2.2 Bien jurídico protegido.

Es el derecho que ostenta el acreedor a satisfacer sus créditos en el patrimonio del deudor tras haberse producido un incumplimiento obligacional, como analiza BUJAN PEREZ cuando manifiesta que el objeto jurídico de este delito “posee una dimensión o naturaleza estrictamente patrimonial.”¹⁰⁴

2.1.2.3 Tipicidad objetiva y subjetiva.

El estado de insolvencia doloso, es principalmente el elemento objetivo, normativo, definidor de la existencia de este delito, a lo que BUJAN PEREZ¹⁰⁵ expresa que, *prima facie* la insolvencia se presenta como un estado de hecho, y, por tanto, como una realidad previa al Derecho, desprovista de toda valoración jurídica, en virtud de lo cual puede ser definida como un “estado de desequilibrio patrimonial entre los

¹⁰⁴ Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de La Empresa, Parte Especial*, 54.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 49.

valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor”.

En suma, concebida como tal situación fáctica, puede hablarse de insolvencia allí donde el importe de las obligaciones exigibles supera al de los bienes y derechos realizables. Podemos entender la expresión “alzarse con los bienes” debe ser entendida como la acción fraudulenta de ocultación de los bienes por parte del deudor con el fin de eludir la pretensión crediticia del acreedor.¹⁰⁶

En tanto que titular del bien jurídico protegido, el sujeto pasivo del delito de alzamiento será forzosamente el titular del derecho de crédito, o sea, el acreedor.¹⁰⁷ El objeto material se halla integrado por los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor, siempre que posean la cualidad de ser elementos embargables.

2.1.2.4 Consumación.

El delito de quiebra, al resultar un delito especial propio, exige que el deudor sea declarado en quiebra concurso o suspensión de pagos. Sin la declaración judicial de quiebra, el delito “no nace”, ergo los actos fraudulentos podrán constituir delitos contra la propiedad, pero de distinto tipo que el regulado en el artículo abordado, donde la declaración de quiebra: es un elemento constitutivo del delito, pues en caso contrario las infracciones a la normativa, anteriores al auto de quiebra, traerían por consecuencia que el fallido habría estado en permanente.

2.1.2.5 Autoría y participación.

La necesidad de que exista una previa relación jurídica como presupuesto imprescindible del delito incide en la determinación de la categoría del sujeto activo. Pues de dicha relación se desprende que el círculo de sujetos activos del delito de

¹⁰⁶ Ibid., 61.

¹⁰⁷ Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, 376.

alzamiento se halla circunscrito a aquellas personas que posean la cualidad jurídica de DEUDOR, tal y como se deduce del tenor literal del precepto que está otorgando la condición de deudor al sujeto que debe ejecutar la conducta de alzamiento. “En este sentido, la opinión dominante conviene en afirmar que estamos ante un delito especial propio”,¹⁰⁸ y “Quien no reúna dicha condición (*extraneus*) únicamente podrá ser partícipe.”¹⁰⁹

2.1.2.6 Jurisprudencial aplicativa.

Sobre este apartado, que a sido desarrollado en los delitos analizados en este trabajo, en lo particular sobre el delito de Quiebra Dolosa no ha podido ser así debido a que no se encontró jurisprudencia de la S.Pn., aplicada a un caso concreto para este delito, denotando los escasos de casos relevantes llevados hasta el conocimiento Casacional de la Corte Suprema de El Salvador.

Sin embargo, con el fin de ilustrar la aplicación práctica de las concepción jurídica respecto del delito en estudio, se pone de manifiesto la jurisprudencia del T.S., específicamente de la Sala II de lo Penal, respecto del delito de Insolvencias Punibles, que posee algún grado de similitud con nuestro delito de Quiebra Dolosa, entre tanto éste no es más que una manifestación concreta de aquellas, por lo que, para dicho Tribunal extranjero, se ha dejado constancia que: *“El tipo penal no exige que el crédito sea líquido, vencido y exigible, es suficiente ante una deuda ya nacida, pero todavía no ejercitable, que alguien realice un verdadero y propio alzamiento. Producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acusados la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia del delito. Las enajenaciones hechas buscaban la exclusiva finalidad de sacar de su patrimonio los bienes de los que era titular a fin de resguardarlos de las acciones de sus acreedores. El delito es de tendencia, no de resultado, que se consume desde que se produce la situación de insolvencia, aun parcial del deudor,*

¹⁰⁸ Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de La Empresa, Parte Especial*, 72.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 75.

*de ahí que el tipo no requiera la cuantificación de un perjuicio efectivo para entenderse consumado, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución, sino a la de agotamiento del delito. También es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez y exigibilidad por parte de los acreedores.*¹¹⁰

¹¹⁰ Sala II de lo Penal, Tribunal Supremo, *Sentencia definitiva, referencia 562/2017*, (España, Tribunal Supremo, 2017)

Capítulo 3. El Administrador Societario en el Derecho Penal Económico Empresarial.

SUMARIO: Capítulo 3. El Administrador Societario en el Derecho Penal Económico Empresarial. 3.1 Criminalidad Empresarial. 3.1.1 Gobierno Corporativo. 3.1.1.1 Noción conceptual. 3.1.1.2 Sujetos corporativos. 3.1.1.3 Deberes corporativos. 3.1.1.4 Responsabilidad corporativa. 3.1.1.5 Responsabilidad Penal de los Superiores Jerárquicos. 3.1.2 Responsabilidad Penal de los mandos medios. 3.1.3 Teoría del levantamiento del velo empresarial. 3.1.4 Sociedades Criminales o Irregulares. 3.2 Noción General del Administrador de Hecho y de Derecho. 3.2.1 Definición y diferenciación conceptual. 3.2.2 Tipología del Administrador Societario en el derecho penal económico empresarial.

3.1 Criminalidad Empresarial.

Una parte sumamente importante del derecho penal económico es que le corresponde sancionar las conductas delictivas que se cometen en contra del orden económico constitucional, donde la delincuencia económica relacionándola en general con el orden económico nacional o la política económica nacional e incluyendo como delitos económicos, a los delitos contra la libre competencia y contra el abastecimiento de mercados y servicios, a los delitos contra el mercado bancario y crediticio y, en ocasiones, contra el sistema cambiario, agregando aquellos delitos patrimoniales que por su forma de comisión son pasibles de afectar la económica nacional cuando ésta por ejemplo, se integra con la economía de la empresa.¹¹¹ Ligado al derecho penal económico surge el derecho penal de la empresa o derecho penal de los negocios; que comprende las infracciones de más frecuente aparición en el seno de la empresa y las sociedades mercantiles y los peculiares problemas de imputación que plantean.

Como afirmó SUTHERLAND¹¹² en su oportunidad, el delito de "cuello blanco" puede definirse, como un delito cometido una persona de respetabilidad y *status social* alto

¹¹¹ Manzano, *Responsabilidad Penal de Los Administradores En Los Delitos Societarios, Tomo I.*, 33.

¹¹² Edwin H. Sutherland, *El Delito de Cuello Blanco*, ed. La Piqueta (Madrid: Ediciones Endymion, 1999), 65.

en el curso de su ocupación. Por lo que nos encontramos ante una especie de delincuente profesionalizado en el ámbito cotidiano, cuyos conocimientos profesionales o técnicos son puestos al servicio del crimen, y que, sin lugar a dudas, encontramos dentro de las sociedades mercantiles día a día. Los delitos empresariales son ejecutados por sujetos activos cualificados, como gerentes, administradores, directivos, socios, profesionales e inclusive con la colaboración de funcionarios públicos que pueden incidir en la comisión de estos crímenes. “El delito corporativo se ejecuta con acciones lesivas al orden económico y social, con omisiones a los deberes funcionales de quienes integran la empresa y ejercen poderes de dirección, organización, control o ejecución. Las formas frecuentes asociadas a esta criminalidad se representan en alteraciones de los registros contables, falsedades, fraudes, sobornos, manipulación del objeto social empresarial, blanqueo de activos, entre otros. También, mediante el incumplimiento de la normativa administrativa que regula el área comercial específica, la inobservancia de los códigos de ética de la empresa y la insuficiencia de un buen gobierno empresarial.”¹¹³

Este fenómeno criminal es visualizado por el extraordinario tratadista latinoamericano PERCY GARCIA CAVERO¹¹⁴ desde dos puntos de vista: criminalidad desde la empresa y criminalidad dentro de la empresa. Por este motivo, para iniciar el análisis de la autoría y participación delictiva de criminal empresarial o del delincuente profesional en el ámbito de la Sociedad Mercantil debemos referirnos en principio a la teoría general del ecosistema económico y social en el que ellos se desenvuelven: el gobierno corporativo o los órganos de dirección de la sociedad mercantil.

¹¹³ Paula Andrea Ramirez Barbosa y Juan Carlos Ferre Olive, *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*, ed. Tirant Lo Blanch (Bogotá, 2019), 20.

¹¹⁴ Percy Garcia Caverro, *La Responsabilidad Penal Del Administrador de Hecho de La Empresa: Criterios de Imputación.*, ed. José Maria Bosh (Barcelona, 1999), 62.

3.1.1 Gobierno Corporativo.

3.1.1.1 Noción conceptual.

Las Sociedades Mercantiles son sistemas sumamente complejos y se caracterizan por poseer una serie de interrelaciones entre sus diversos recursos, en especial en lo atinente a las personas que la integran. La diversificación de escenarios está afectando la forma como se deben gestionar las organizaciones mercantiles; de ahí que haya surgido la necesidad de contar con sistemas de gobierno y de dirección altamente eficaces, que para respecto del derecho penal eviten el cometimiento de hecho delictivos. En este orden de ideas, el tema del gobierno corporativo (GC) ha cobrado una inusitada relevancia en los últimos años, en parte impulsada por la necesidad de compartir el conocimiento y la experiencia acumulada, sobre la base de los acontecimientos que han afectado a algunas empresas internacionales emblemáticas. En sentido es definido como “el sistema por el cual una organización es dirigida y controlada en el desarrollo de sus actividades económicas”, que involucra “las prácticas formales o informales que establecen las relaciones entre la Junta Directiva, quienes definen las metas de la organización; la Gerencia, los que la administran y operan día a día; y los accionistas, aquellos que invierten en ella”¹¹⁵

Para su entendimiento se propone cuatro teorías: Teoría de la agencia. Por medio de la cual, se define la relación existente entre los distintos integrantes del gobierno corporativo y la sociedad como un contrato bajo cuyas cláusulas una o más personas (el principal) contratan a otras personas (el agente) para que realice determinado servicio a su nombre, lo que implica cierto grado de delegación de autoridad en el agente. El problema más relevante en el gobierno corporativo será diseñar reglas, procedimientos, normas, incentivos y contratos explícitos que alineen el comportamiento de los agentes con los objetivos del principal, por medio de un reparto óptimo de los riesgos bajo condiciones definidas. Teoría de la administración o modelo de socio. Por medio de ella, se considera que los ejecutivos

¹¹⁵ Alexandra Portalanza, “Gobierno Corporativo Una Aproximación Teórica,” *Saber, Ciencia y Libertad* 8, no. 1 (2013): 120.

y accionistas establecen relaciones de colaboración. La tarea del consejo o asamblea no es controlar a los directivos; por el contrario, los miembros del consejo deben realizar propuestas y ayudar a los directivos a alcanzar los objetivos y el desarrollo de la organización. Deben añadir valor a las decisiones de alto nivel trabajando con los directivos y mejorando las estrategias. Teoría de la dependencia de los recursos. Bajo esta teoría, se explica la necesidad del gobierno corporativo sobre la base de que ninguna organización es capaz de generar por sí misma todos los recursos para operar; siempre va a depender del entorno para obtener los recursos necesarios para su supervivencia, por lo que se asume que existe una distribución asimétrica de recursos dentro del entorno, lo que ubica a unas organizaciones en relación de dependencia respecto de las que controlan los recursos que ellas necesitan, y finalmente la Teoría de los “stakeholders”, que ellos son “cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por la consecución de los objetivos de la empresa”. Se trata de entender cómo clientes, proveedores, empleados, entidades financieras, comunidades y administradores interactúan para crear y comerciar valor en forma conjunta. Esta teoría ayuda a entender el gobierno y la dirección de la organización porque busca explicar y guiar la coordinación necesaria entre los intereses múltiples de los diversos “stakeholders” que la componen.

Además de lo anterior, respecto de la definición de GOBIERNO CORPORATIVO, existen diversos puntos de vista, así, por ejemplo, y dependiendo del marco conceptual adoptado, se entiende como la forma “justa” en que las sociedades distribuyen el valor creado entre los diferentes proveedores de recursos: capital, deuda y trabajo. Otra forma es la de sistemas de alineamiento entre accionistas y administración; mientras otra definición se centra en la creación de valor y, otros, en responder adecuadamente a todos los grupos de interés. No hay entonces un consenso universalmente reconocido. Donde para ENRIONE CÁCERES se puede definir como *“el conjunto de procesos, mecanismos y reglas del juego establecidos entre los propietarios, el directorio y la administración para dirigir la empresa, alcanzar los objetivos planteados, generar valor sostenible en el*

*tiempo para sus accionistas y responder a los legítimos requerimientos de otros grupos de interés,*¹¹⁶ cuya importancia radica precisamente en encontrarse previsto o dotado de finalidad para su conformación: la consecución de los fines societarios.

En este mismo orden de ideas, JARA DIEZ¹¹⁷ expresa que difícilmente puede encontrarse en el panorama empresarial mundial contemporáneo un Concepto que haya desplegado una influencia más rápida y más decisiva que el del *Corporate Governance*, traducido aquí como Gobierno Corporativo. En términos sumamente generales, se puede afirmar que el Gobierno Corporativo se ocupa de la estructura, funcionamiento y sistemas de control de una organización empresarial. Hasta tiempos relativamente recientes, la influencia de dicho concepto se había percibido principalmente en el ámbito jurídico societario, en donde las investigaciones y los instrumentos legislativos al respecto habían proliferado con rapidez a partir de la década de los años noventa —en este sentido resultaron decisivos los denominados *Principles of Corporate Governance* elaborados por el *American Law Institute*— Sin embargo, en la actualidad prácticamente cualquier rama del ordenamiento jurídico que regule la actividad empresarial se ve afectada por diversos aspectos del Gobierno Corporativo.

El mismo autor expresa que cualquier sistema de GOBIERNO CORPORATIVO está compuesto por un conjunto heterogéneo de instrumentos de salvaguardia y supervisión cuya finalidad es alinear los incentivos de los *insiders* (el equipo directivo y, en su caso, el grupo de control) y los intereses de los *outsiders* (los accionistas minoritarios), siendo los más importantes: (1) la constitución de un consejo de administración con alta capacidad de supervisión de la instancia ejecutiva de la compañía; (2) el establecimiento de un sistema de opas y de mecanismos de lucha para la obtención de delegaciones de votos, que faciliten la competencia por el control; (3) el diseño de sistemas de remuneración y contratos

¹¹⁶ Alfredo Enríque Cáceres et al., *Directorio y Gobierno Corporativo. El Desafío de Agregar Valor En Forma Sostenida.*, ed. Editorial ESE Business School, 2° (Chile, 2014), 35.

¹¹⁷ Miguel Bajo Fernández, Silvia Bacigalupo, and Carlos Gómez-Jara Díez, *Gobierno Corporativo y Derecho Penal.*, ed. Editorial Universitaria Ramon Areces (Madrid, 2008), 139.

de incentivos capaces de reconciliar los intereses de los *managers* y los intereses de los inversores; (4) la concentración parcial de la propiedad y la centralización del control en manos de uno o varios accionistas de referencia con incentivos suficientes para vigilar al *management*; (5) el reposicionamiento de los inversores institucionales como fuerzas proactivas en los foros de accionistas; y (6) la implantación de un sistema efectivo de responsabilidad de los administradores con una adecuada definición de sus deberes fiduciarios.

3.1.1.2 Sujetos corporativos.

En este acápite se hace referencia a los órganos administrativos y cargos directivos que conforman el directorio societario de forma general, de acuerdo a la legislación aplicable. Los órganos de administración, en cuanto sea a una única persona se llama administrador único, en cuanto sea conferida dicha calidad a mas de una persona se llama consejo de administración o junta directiva. La forma de consejo de administración es la forma de administración elegida más común en las grandes sociedades mercantiles para su órgano de administración.¹¹⁸

La figura del presidente del Consejo de Administración es, junto con la del secretario, el cargo fundamental para el correcto funcionamiento del consejo, cuando esta sea la forma de órgano de administración que adopta la sociedad mercantil.¹¹⁹ El consejo de administración es una de las formas que puede adoptar el órgano de administración de las sociedades mercantiles, y este consejo está compuesto por consejeros. Los consejeros pueden ser socios o accionistas o no serlo. Los consejeros son antes que nada administradores, que pueden someterse por tanto al régimen general propio de estos. La organización interna del consejo puede ser libremente acordada por cada sociedad, pero, no obstante, existen una serie de elementos obligatorios en casi todas las legislaciones.

¹¹⁸ Moya Jiménez, *Los Administradores Sociales y Los Delitos Societarios*, 77.

¹¹⁹ *Ibid.*, 81.

El Órgano de Administración de una sociedad mercantil puede adoptar diferentes formas, puede tratarse de un administrador único, varios administradores solidarios, varios administradores mancomunados o un consejo de administración. El Administrador Único es lo que su nombre indica, una sola persona que desempeña todas y cada una de las funciones inherentes al cargo. Solo él tiene capacidad para representar a la sociedad frente a terceros, para adquirir derechos y asumir obligaciones en su nombre y para realizar las demás labores de gestión que correspondan a este órgano.¹²⁰

Los consejos de administración de las sociedades mercantiles, sobre todo las sociedades anónimas de gran tamaño, suelen nombrar comisiones que suelen ser integradas por algunos miembros del consejo, que apoyan y deciden sobre algunos aspectos y materias importantes para la sociedad. Algunas legislaciones reconocen la existencia del llamado consejero delegado, así como la de director general. La junta general de accionistas es, además del órgano de administración de las sociedades mercantiles, como el consejo de administración o los administradores, el órgano máximo de la sociedad mercantil, o de capital, es la Junta General de Socios o Junta General de Accionistas.

Hay dos clases de Juntas Generales, ordinaria y extraordinaria. La Junta Extraordinaria, previamente convocada al efecto, que se reunirá necesariamente dentro de un periodo de tiempo fijo de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado, y la Junta Extraordinaria, son las juntas previstas con finalidades concretas y específicas.

Especial relevancia toma el llamado Administrador de Hecho. Sucede con frecuencia que, sin ocupar formalmente cargo alguno, determinadas personas controlan y gobiernan de hecho la sociedad, sustituyendo a los administradores o ejerciendo sobre ellos una influencia decisiva. Otras veces se trata

¹²⁰ Ibid., 86.

de administradores que, si bien ocupan formalmente el cargo su nombramiento está afectado de un vicio que le hace nulo, sea este de forma o de fondo (irregularidad en la constitución o establecimiento del cargo, nombramiento defectuoso, falta en su caso de la necesaria aprobación, u otros motivos). Estas situaciones en las que la administración viene desempeñada por un simple administrador de hecho, bajo la forma jurídica de administrador oculto, de administrador aparente o de administrador con nombramiento caducado, plantea directamente la cuestión de si tales sujetos deben quedar sometidos al régimen de responsabilidad previsto para los administradores en general, responsabilidad societaria y responsabilidad penal, esto es, para los administradores de derecho.¹²¹ Para los efectos del presente trabajo, se analizara mas a fondo y detalle mas adelante, dada su relevancia académica y jurisprudencial para respecto de casos en concreto.

3.1.1.3 Deberes corporativos.

Todo gobierno corporativo de la empresa, desde un punto de vista general, debe de regirse por reglas o principios que se convierten en verdaderos deberes de un buen gobierno corporativos. En este sentido, LEON TOVAR¹²² propone un listado aplicable a todo buen gobierno corporativo, donde pueden señalar como fundamentales, los de transparencia, responsabilidad, rendición de cuentas, equidad y supervisión, sin embargo, existen otros principios que no siempre encuadran dentro de los anteriores, por lo que se ha preferido listar los principios más destacados de buen gobierno corporativo, los que conforman la base de los valores y la cultura de las organizaciones más eficientes y efectivas; un conjunto de valores que deben regir la conducta y el quehacer del consejo, la dirección general, los funcionarios de alto nivel y todo el personal de dichas organizaciones.

¹²¹ Ibid., 98.

¹²² León Tovar, *Gobierno Corporativo de Las Sociedades Anónimas*, 255–73.

Dentro de dichos principios se deben considerar los de supervisión, prevención del fraude, anticorrupción, antilavado de dinero y los siguientes: 1) Revelación de información, o confidencialidad en ello. La información constituye uno de los principales instrumentos para alcanzar los objetivos de eficiencia del mercado y protección del inversionista. Conforme este principio de gobierno corporativo, toda la información que se genera, sistematiza y maneja por la sociedad no debe estar sujeta al escrutinio público, de los accionistas o del mercado, pero sí se les debe revelar aquella información que sea necesaria precisa y oportuna para adoptar decisiones en sus relaciones con la sociedad empresaria, como parte de una visión más amplia de construcción de confianza.

2) Cumplimiento normativo. Las sociedades deben desarrollar sus actividades con el debido cumplimiento normativo (Corporate Compliance), conjunto de procedimientos y buenas prácticas para identificar y clasificar los riesgos legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y mitigación frente a los mismos. La sociedad debe tener y adoptar una cultura en este sentido y prohibir, prevenir, mitigar, evitar, denunciar y sancionar los actos ilícitos y contrarios, tales como el lavado de dinero, financiamiento al terrorismo, corrupción e incumplimiento o violación de la ley.

3) Buena fe. La buena fe sujeta la conducta del administrador a la honradez, rectitud, ética, diligencia, lealtad, honestidad, conforme lo prometido o exigido por la ley y la Cn., dentro de sus facultades y la moral social vigente. Es un principio universal y fundamental de un buen gobierno corporativo, que impone a todas las personas el deber de comportarse de manera correcta; a los administradores y directores los constriñe a conducirse de manera diligente, leal, honesta en la gestión social (en la ejecución u abstención de actos y operaciones, así como en la toma de decisiones), como un comerciante honesto, leal y diligente, como un buen administrador de negocios ajenos sujeto a deberes fiduciarios cuya función principal es incrementar el valor de los bienes de la empresa en beneficio exclusivo de los dueños del capital y de los terceros interesados y no de los propios intereses de los administradores.

4) Deberes fiduciarios. Conforme este principio de deberes fiduciarios, la dirección y control de la sociedad debe llevarse con diligencia y lealtad, temas tratados en otro apartado. Los consejeros y administradores y el comisario, así como el director general deben actuar de manera diligente, informada y leal a la sociedad, buscando siempre que se cumpla con la ley, con ética y en el mejor provecho para la sociedad y todos sus accionistas y con los derechos de los terceros interesados; deben actuar siempre sin conflicto de intereses, anteponiendo su interés al de la sociedad.

5) Ética empresarial. La sociedad, sus directivos, accionistas, empleados y colaboradores deben comportarse como ciudadanos, es decir con un modo honesto de vivir, con ética; deben hacer lo correcto, respetar y hacer respetar los derechos humanos, los principios éticos y morales. Para que la sociedad sea competitiva, permanezca y se incremente su valor, debe contar con una política de integridad, un código de conducta, un código ético y un programa de cumplimiento normativo. Esta cultura debe traducirse en un código de ética y ser incentivada por los accionistas, el consejo y la dirección general. De esta forma, cuando los accionistas o la administración de la compañía tengan un interés que sea incompatible con el interés de la empresa, deberán declarar dichos intereses y abstenerse de votar, ya que su voto puede no ser del mejor interés para la compañía.

6) Integridad. Este principio significa, que los consejeros sean íntegros y honestos al presentar la información financiera y que dicha información sea completa, que se incluyan las operaciones directas y completas, porque refieren los códigos de gobierno corporativo que la integridad de los informes depende de la integridad de los que preparen y presenten. Dicha información debe ser clara, fidedigna, precisa, necesaria y oportuna; sin que se exija información adicional a la permitida por la ley o aquella cuya divulgación o acceso ponga o pueda poner en peligro la posición de la sociedad o su capacidad competitiva.

7) Rendición de cuentas. La rendición de cuentas de los directivos a los accionistas no solo constituye un principio de buen gobierno corporativo, sino un deber de todo administrador de bienes ajenos. Como principio implica el derecho y el deber de los accionistas de exigir esa información para que los administradores mantengan la diligencia y cuidado que se espera de un buen representante en la gestión de los negocios ajenos. Conforme este principio, los directivos de las sociedades, que son quienes administran, poseen, conservan, guardan o disponen de los bienes ajenos (y/o fijan las estrategias, políticas y lineamientos) están obligados a rendir cuenta completa, exacta, detallada y justificada a los accionistas de su gestión y de los bienes; de los trámites y operaciones realizadas con dichos bienes o relacionadas con los mismos; desde el comisionista, depositario, agente, gerente, director o factor hasta el Consejo, deben rendir cuentas, en el plazo o período fijado por la ley o por el pacto o los estatutos.

8) Responsabilidad Social Corporativa. La sociedad debe llevar a cabo sus actividades empresariales de manera sostenible, con el uso racional de los recursos naturales, con respecto y cuidado de la persona humana y de sus derechos (de los derechos de sus trabajadores, proveedores, clientes, consumidores y en general de los terceros interesados) y del planeta; por tanto, debe reconocer los derechos de los grupos de interés social.

9) Supremacía y efectividad de la asamblea. Un buen gobierno corporativo solo es posible con límites y controles del órgano de administración impuestos no solo por la ley, sino por la asamblea general de accionistas. El conjunto de socios que son los dueños del capital de la sociedad deben tener el derecho efectivo como asamblea de recibir las cuentas e información al órgano de administración y órganos intermedios, así como de decidir sobre cuestiones fundamentales de la gestión social, de las operaciones sociales, no solamente de las reformas estructurales y estatutarias y/o de los aumentos o reducciones del capital social y demás asuntos contemplados hasta ahora en la ley.

10) Transparencia. Se trata de informar a la sociedad sobre las actividades comerciales y financieras, la gestión, los resultados y el aporte a la sociedad, con lo cual, se disuade el dispendio innecesario de recursos y 11) Proporcionalidad e Igualdad. Son dos principios del sistema democrático societario, el primero implica reconocer la proporción de derechos de los socios y en esa medida concederles derechos, "una acción un voto" y permitir el acceso proporcional de los socios en la sociedad, pero también responsabilidad o compromiso con la sociedad, un socio de control tiene incluso el deber de lealtad y cierta corresponsabilidad por los actos de la sociedad, reconocida incluso por las leyes fiscales; el segundo, el de igualdad, reconoce dentro de cada clase de acciones el mismo trato a los accionistas. Ambos contribuyen a la buena gobernabilidad porque permiten alcanzar una mayor diversidad de opinión entre los accionistas y un mayor nivel de objetividad, lo que puede verse en el caso de los accionistas activistas.

Pero sin lugar a dudas el principio y deberá de mayor trascendencia en la actividad del administrador societario es la lealtad. El deber lealtad, en su formulación más simple, consiste en anteponer los intereses de la sociedad a los intereses egoístas o puramente personales del administrador. Se trata de un deber consustancial a toda facultad de actuación en nombre ajeno. Si el administrador tuviera autorización para perseguir sus propios fines, sin consideración al interés de la sociedad, no podría hablarse propiamente de administración como titularidad de un poder de gestión o de representación. De la misma forma que no podría hablarse de tutela, o de representación, o de mandato. Por ello, administración y lealtad son las dos caras de la misma moneda.¹²³

3.1.1.4 Responsabilidad corporativa.

Atinente a cuando uno de los sujetos del gobierno corporativo de la Sociedad Mercantil debe ser sancionado (no solo penalmente) es el objeto de este apartado,

¹²³ Javier García Marrero et al., *Tratado de Los Conflictos Societarios*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2019), 326.

referente al análisis de las diferentes formas de control y delegación de la responsabilidad interna de una empresa o sociedad jurídicamente relevantes para ser tomadas en cuenta al momento de atribuir una determinada responsabilidad penal, a esto es lo que comúnmente se le denomina la *división del trabajo* o la *departamentización de la empresa*. Ese fenómeno de la división del trabajo, es el que determina que en el interior de una empresa existan relaciones verticales y de tipo horizontal que inciden debidamente a la hora de atribuir responsabilidades personales, como son la comisión de delitos societarios o en perjuicio de las sociedades. En este tipo de delitos, especialmente los vinculados con las estructuras societarias, siempre será de capital importancia la existencia de cadenas de mandos y relaciones de jerarquía; esto resulta de importancia sobre todo para establecer los niveles de autoría y participación de aquellos quienes deciden, obedecen y se benefician; sobre todo porque en los delitos de corte societario generalmente actúan varios sujetos desde diferentes posiciones.¹²⁴ En las estructuras societarias, analiza el citado autor, donde existen niveles de organización vertical, aparecen con frecuencia las delegaciones de funciones; justificándose este tipo de delegación en los casos donde es difícil concentrar el control de las sociedades en los órganos de dirección, lo que para el análisis subsiguiente será de vital importancia.

Cabe indicar que una de las características esenciales, para el autor FRANCISCO MANZANO¹²⁵, es que los delitos societarios son delitos *especiales*, no son comunes, esto implica que la preponderancia del autor o sujeto del delito es el que lo define, es decir, la condición sine qua non para configurar el delito es que el sujeto sea un administrador, de hecho, o de derecho; sin esta condición no se podría hablar, en principio, de delito societario.

¹²⁴ Manzano, *Responsabilidad Penal de Los Administradores En Los Delitos Societarios, Tomo I.*, 44.

¹²⁵ *Ibid.*, 54.

3.1.1.5 Responsabilidad Penal de los Superiores Jerárquicos.

En este estrado encontramos a Empresario, administrador, ejecutivo, quienes son la cúpula principal del directorio del gobierno corporativo de la empresa o sociedad mercantil, donde su labor definitoria esta revestida de cierto poder de decisión sobre la sociedad mercantil. Sin embargo, sobre la caracterización del análisis dogmático penal de la responsabilidad penal del administrador se tratará posteriormente más adelante. Ahora bien, su responsabilidad penal vendría precedida del necesario establecimiento de un nexo de delegación. Como expresa JUAN ANTONIO LASCURAÍN, los órganos ejecutivos son los que realizan la gestión operativa, por mucho que esta gestión admita niveles muy diversos que responden a cadenas de delegación de funciones. Las personas que ostentan tales órganos responderán obviamente de los delitos que cometan mediante la realización de la correspondiente acción u omisión típicas. Pero también podrán responder de los delitos de otros miembros de la empresa en la medida en que no los eviten infringiendo un deber de garantía. Tal deber de garantía no procede ya como en el caso de los administradores del dominio como propio de una fuente de riesgo, sino de la asunción de una delegación. Serán garantes entonces si se les ha “transmitido” tal deber – que, debe insistirse, no existe respecto a cualesquiera riesgos delictivos que existan en la empresa, sino sólo respecto a los propios de la misma - y en la medida en que se haya hecho tal transmisión. Y podrán a su vez delegar funciones y transformar su deber en uno de vigilancia y corrección del delegado.¹²⁶

Sobre este punto entran en juego la forma en las que las decisiones son adoptadas en el seno de la empresa o sociedad mercantil. El contenido penalmente relevante de una decisión colegial debidamente aprobada vendrá condicionado por el asunto sometido a discusión y posterior votación en el seno del organismo colectivo de la Sociedad que corresponda, en relación a los presupuestos generales de la coautoría en tanto punto de conexión entre las distintas clases de acuerdos

¹²⁶ De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Economico y de La Empresa*, 115.

colectivos antijurídicos que puedan llegar a aprobarse por los miembros del organismo colegiado que corresponda, donde la doctrina jurídico-penal dominante exige como presupuesto ineludible a efectos de fundamentar una responsabilidad penal a título de coautoría la existencia de un plan conjunto sobre la realización colectiva de una actividad que desencadena un riesgo jurídicamente desaprobado.¹²⁷

Cuando es adoptado un acuerdo por el consejo o junta directiva, puede devenir en responsabilidad solidaria civil o administrativa para respecto de sus miembros, sin embargo, el rechazo de esta figura no puede ser más unánime en materia penal, por ir en contra del carácter individual de la responsabilidad penal, que no puede dar lugar a responsabilidades solidarias. Y ello porque, los acuerdos adoptados de forma colegiada no pueden suponer de forma automática la responsabilidad penal de los miembros del Consejo. En cualquier caso, en la hipótesis de asumir la autoría normativa o funcional que se propone en otros países producirían los mismos efectos que en los delitos colegiales: si se sanciona la simple pertenencia activa o pasiva a una esfera de responsabilidad en la sociedad o empresa nos podemos aproximar peligrosamente a las responsabilidades solidarias. Lo que parece contradecir las bases y principios de un Derecho penal garantista.¹²⁸

La necesidad de castigar penalmente al superior jerárquico por los hechos delictivos cometidos por sus subordinados es una situación evidente dentro del derecho penal, aunque no sea por su intervención en la fase ejecutiva, que sucederá en contadas ocasiones, sino por el diseño del plan delictivo o por su aportación al hecho en la fase decisoria previa a la ejecución.¹²⁹ Sin embargo, lo complejo resulta hablar de la fórmula concreta a utilizar para atribuir responsabilidad penal al superior jerárquico. Así, se han planteado soluciones basadas, prácticamente, en todas las

¹²⁷ Alejandro Turienzo Fernández, "Acuerdos alcanzados en el seno de un órgano colegiado y responsabilidad penal individual," *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 23 (2021): 6.

¹²⁸ Juan Carlos Ferré Olivé, "Sujetos Responsables En Los Delitos Societarios," 1998, 28.

¹²⁹ Sanz Gaité et al., *Tratado de Derecho Penal Económico*, 89.

categorías de autoría y participación que conoce nuestro Derecho penal. La situación se complica aún más cuando el delito en cuestión está configurado como un delito especial pues en estos casos, al problema de la escisión entre el planeamiento y la ejecución del delito se añade otro más, y es la escisión entre quien ejecuta materialmente el tipo penal (subordinado o *extraneus*) y quien ostenta la cualidad específica requerida para ser sujeto activo del mismo (superior jerárquico o *intraneus*).

Un sector doctrinal, minoritario, entiende que el superior jerárquico, por ejemplo, el directivo de la empresa, tan sólo realiza una intervención accesoria en el delito "de otro", por lo que sólo debe responder a título de partícipe, bien como inductor, bien como cooperador necesario. La solución de la participación no parece, sin embargo, muy satisfactoria ni desde un punto de vista dogmático ni desde un punto de vista político-criminal. Así, en primer lugar, y aceptando el principio de accesoriidad limitada de la participación, el superior jerárquico (partícipe) no sería responsable penalmente en caso de que la conducta del subordinado ejecutor no fuera dolosa o antijurídica por estar presente un error de tipo o una causa de justificación. En segundo lugar, parece verdaderamente insuficiente desde un punto de vista político-criminal, calificar de mero partícipe a quien tiene un dominio esencial del acontecer típico y decide sobre la comisión o no del delito, dada la gravedad de su conducta sobre el bien jurídico protegido.

3.1.2 Responsabilidad Penal de los mandos medios.

En este estrato encontramos a quienes son delegados por la cúpula del directorio societario para la realización de cierta actividad económica. Así como el ejecutivo es un delegado del administrador o de otro ejecutivo superior, este u otros habitualmente delegará en otros, parte de sus funciones para la consecución de sus fines. Como delegado se convierte en un garante supervisado por su delegante; como delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la

función de seguridad encomendada, en este contexto el delegado posee por parte del delegante, dominio para ejecutar de la mejor manera sus funciones. El dominio que ha de facilitar el delegante al delegado puede comportar poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones.

Dominio significa también información: el delegante debe proporcionar al delegado la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.¹³⁰ Ante tales circunstancias, su responsabilidad penal vendrá dada por los mismos requisitos establecidos para la coautoría, dada su existencia, o por la existencia de autoría mediata.

Las corporaciones se desarrollan como estructuras piramidales complejas, no son organizaciones lineales o unidimensionales. Tienen un vértice estratégico y una línea intermedia de mando con un núcleo de operaciones. La corporación es una estructura jerárquica, con división de trabajo, en la cual, se presentan cadenas de delegación y también se despliegan marcos de competencia en varios niveles en atención al tipo de objeto social que se tengan. La organización de la compañía, el número de integrantes, el estilo por el que se opte para ejercer la gerencia, la existencia de filiales o sucursales, entre otros aspectos caracterizaran el tipo de sistema que se adopte en la toma de decisiones. Ello a su vez, trae consigo que, frente a conductas delictivas cometidas en su interior, o que estén relacionadas con su objeto social, resulte imprescindible al momento de verificar el grado de participación de sus miembros el nivel de responsabilidad que ostentan, así como la capacidad de prevenir hechos delictivos.¹³¹

¹³⁰ De La Mata Barranco et al., *Derecho Penal Económico y de La Empresa*, 117.

¹³¹ Ramírez Barbosa y Ferre Olive, *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*, 58.

Por tanto, en una empresa frente a las conductas desplegadas en su interior que revistan alcance delictivo, el elemento central de verificación está orientado en el grado del aporte o control del dominio de la situación en específico. Ello se determinará de acuerdo con el rol y la función que ejecute el sujeto dentro de esa estructura. Lo cual implica, que a mayor jerarquía en la organización corporativa la exigencia de deberes se amplía, no sólo por las conductas que directamente puedan cometerse en atención al control de los medios con los que se cuenta, sino además por los controles y actividades de supervisión que son exigibles en los mandos de dirección. En suma, ello equivale a establecer un baremo de responsabilidad que se construya tomando como puntos básicos de referencia los siguientes factores: Entre mas alto sea el nivel del sujeto dentro de la Sociedad, más compleja será la atribución de responsabilidades, tomando en cuenta sobre todo los criterios de imputación subjetiva, la intencionalidad del autor y el conocimiento del hecho.

3.1.3 Teoría del levantamiento del velo empresarial.

Esta teoría posee mucha aplicación práctica a la temática de la responsabilidad penal de los administradores societarios, que básicamente versa sobre la existencia de un velo que encubre las reales intenciones y acciones de quienes lo han colocado, utilizando a la sociedad mercantil o a la empresa misma como tal. Esta figura de origen anglosajón tuvo como fundamento el tema de la nacionalidad ya que "(...) fue desencadenante en los Estados Unidos para la aplicación del levantamiento del velo, comenta también que, se extendió a casos en los que se intentaba defraudar a los acreedores, evadir impuestos, actuar en fraude de ley, lograr un monopolio o proteger delitos; sentándose así las bases de esta doctrina tendente a mirar la sustancia y despreciar la forma, prosperando de este modo, la idea de que la persona jurídica estaba sujeta a unos límites, más allá de los cuales el uso de esta figura podría ser considerado abusivo."¹³²

¹³² Héctor Jorge Gómez Bermeo, "El Levantamiento Del Velo Societario y Los Presupuestos Para Su Aplicación," *REVISTA DE ASESORIA ESPECIALIZADA*, 2014, 2-3.

La teoría del levantamiento del Velo Societario, también denominado como “*disregard of legal entity*” o “*piercing the corporate veil*”, es una figura que permite prescindir de la estructura orgánica de la persona jurídica de modo que el principio de separación de patrimonios se ve relativizado, quebrándose por consiguiente la separación entre la persona jurídica y las personas que la conforman, imputando responsabilidades (de toda clase) a los miembros de ésta que de forma arbitraria pretenden causar un perjuicio. Ahora bien, la doctrina del levantamiento del velo se sustenta en tres presupuestos fundamentales que son: el ejercicio abusivo de derecho, el fraude a la ley y el quebrantamiento de la buena fe contractual. El citado autor hace referencia en este punto sobre el ejercicio abusivo del derecho: Esta es una figura por la cual se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse. En consecuencia, el derecho de asociación y libertad empresarial deberán ser ejercidos sin que exista una finalidad defraudadora, tanto en el momento de la creación de una persona jurídica, como durante el desarrollo de una actividad productiva de la sociedad. Existencia de actos con fines fraudulentos, según el autor citado, el fraude a la ley consiste en la realización de uno o varios actos lícitos para la consecución de un resultado antijurídico. Por último, en lo relativo al quebrantamiento de la buena fe contractual, esto es sobre la base que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse conforme a las reglas de la buena fe y común intención de las partes, presumiéndose para todos los efectos la existencia de buena fe de cada parte, en consecuencia, la mala fe debe ser probada por la parte que la alegue. En ese sentido, podrá acreditarse la mala fe si es que se acredita la existencia de un ejercicio abusivo, plenamente deliberado, del derecho o de actos con fines fraudulentos.

En este orden de ideas, la teoría del levantamiento del velo societario se constituye en un límite al abuso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles ejecutado por quien las usa con fines irregulares o incluso ilícitos,¹³³ y que en

¹³³ Vicent Chuliá, *Introducción Al Derecho Mercantil.*, 792.

determinados supuestos la personalidad jurídica puede y debe ser “desconocida” o “atravesada”, tomando en consideración a sus socios (incluso añadidos a la sociedad), exigiéndoles responsabilidad por sus acciones ilícitas. Teoría que, según la S. C.C.¹³⁴, no posee, actualmente, asidero legal, resistiéndose a su aplicación práctica en el ámbito mercantil, pero que, según la doctrina consultada, es útil para diversidad de aplicaciones, como dentro de la propia criminalidad empresarial.

3.1.4 Sociedades Criminales o Irregulares.

La sociedad irregular consiste en que los socios inician la actividad económica de la sociedad sin inscribirla en el Registro mercantil (sociedad irregular o, de hecho). Son tres tipos de sociedades irregulares que existen según la doctrina, las irregulares en su formación, sociedades de hecho y las propiamente tales. SOCIEDAD IRREGULAR EN SU FORMACION. Este tipo de sociedad son aquellas que ya realizan uno o varias actividades antes de haber cumplido con las formalidades que demarca la inscripción, es decir, antes de poseer personería jurídica adecuándose a los plazos que la legislación establece después de la firma del contrato. SOCIEDAD DE HECHO. Es aquella sociedad que realizan actividades comerciales sin contar con una base instrumental de constitución (pacto social o estatuto) o, contando con algún documento escrito similar, sea este muy precario o no se adecue a algún tipo societario admitido por ley, es decir cuando no ha sido constituida por escritura pública, por lo tanto los derechos y obligaciones que se adquieren recaen en los socios de hecho quienes responden de manera solidaria e ilimitada por las operaciones que lleve a cabo la sociedad. SOCIEDAD IRREGULA PROPIAMENTE DICHO. Este tipo de sociedades son aquellas en las que se encuentran presentes todos los elementos inherentes a una sociedad, pero prevalece la falta de uno o varios requisitos formales para su constitución. La criminalidad, como objeto de la sociedad, vuelve que su objeto sea ilícito, por lo

¹³⁴ Sentencia definitiva de Casación, referencia 1306-2000, dictada a las a las quince horas del día cinco de septiembre de dos mil (San Salvador, 2000).

tanto, adoleciendo de irregularidad de derecho insalvable e insubsanable que provoca su anulación.

En este orden de ideas, la tratadista FARALDO CABANA, se plantea la posibilidad de imputación desde este tipo de sociedades, y expresa que la sociedad irregular constituye un supuesto de abuso de la forma jurídica societaria.¹³⁵ Debido a los delitos societarios, que hacen alusión a las sociedades constituidas o en formación, se plantea la duda acerca de la posibilidad de sancionar los ilícitos cometidos en el seno de las sociedades irregulares, cuya solución depende de si se considera que se trata de una sociedad en formación o no, y en caso negativo de si cabe en la concepción societaria o no.

Otros autores, como GALAN MUÑOZ¹³⁶, referidos a las sociedades criminalizadas, aluden al termino “sociedades pantallas” expresando que son personas Jurídicas que, al tener una actividad exclusivamente criminal y estar organizadas para facilitar delitos, dan lugar a que todas las interacciones que se den en su seno se realicen con tal objetivo, por lo que se sancionará al colectivo que las efectúa y a la entidad que lo unifica y les da continuidad, no ya por no haber cumplido de forma adecuada, diligente o correcta, con el deber preventivo que colectivamente les correspondía conforme al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino por haber fomentado colectivamente la comisión de delito, lo que hace que se la sancione como asociaciones ilícitas u organizaciones y grupos criminales o terrorista y, consecuentemente, se les imponga la correspondiente pena de disolución.

¹³⁵ Faraldo Cabana, *Delitos Societarios*, 29.

¹³⁶ Galán Muñoz, *Fundamentos y Límites de La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas Tras La Reforma de La LO 1/2015.*, 251.

3.2 Noción General del Administrador de Hecho y de Derecho.

3.2.1 Definición y diferenciación conceptual.

Dar un concepto preciso para los distintos ámbitos de investigación de lo que se entiende por órgano de administración sería ciertamente ficticio. Esta afirmación no significa arbitrariedad en la labor de definición de los órganos de la empresa, sino el reconocimiento de un marco flexible de adaptación de los contornos del objeto a las finalidades particulares de cada sistema mercantil. Pero, puede decirse de manera general y tomando como base la regulación mercantil que “el administrador de la empresa es un miembro de la misma que desempeña, valga la redundancia, funciones de administración y gestión del negocio, así como competencias de organización, decisión, representación y control.”¹³⁷ El concepto jurídico-penal de administrador tiene sus propios contornos, que pueden excluir o incluir otros cargos mercantiles como el de liquidador, apoderado, gestor, etc. Sin embargo, y ya propiamente en el plano jurídico-penal, la relevancia de las concretas funciones desempeñadas o atribuidas depende de la perspectiva de observación del Derecho penal.

El administrador societario, de hecho, o de derecho, está sometido a ciertos deberes que les son indisolubles a sus funciones. El deber de la debida diligencia. Este es uno de los “deberes fiduciarios” generales bajo el modelo de conducta del «ordenado empresario» y que integra el “contrato de administración” concluido entre los administradores y la sociedad.

Estamos, por tanto, ante un deber que los administradores están obligados a satisfacer únicamente frente a la sociedad y cuya característica reside en que no exige de los administradores el cumplimiento de una específica conducta, sino que desempeñen su cargo cumpliendo con el modelo de conducta que lo define. La razón de esta indeterminación de la conducta debida en virtud del deber general de

¹³⁷ Garcia Cavero, *La Responsabilidad Penal Del Administrador de Hecho de La Empresa: Criterios de Imputación.*, 100.

diligencia se encuentra en la propia naturaleza de las actividades de gestión y representación de la empresa social que los administradores deben desplegar.¹³⁸

Establecer *ex ante* todas las conductas que exige el desarrollo de esa actividad no sólo resulta impracticable, pues no es dudoso que resulte prácticamente imposible prever todas las conductas exigibles, sino también improcedente, pues llegado un punto de concreción los beneficios de una regulación más detallada no compensan los costes de llevarla a cabo, por ello nuestro Com., regula *ex post* al quebrantamiento de los deber de diligencia, en su artículo 266, que los administradores que incurrieren en responsabilidad, cesarán en el desempeño de sus funciones tan pronto como la junta general resuelva se les exija judicialmente. En el deber general de diligencia exigible a los administradores en el desempeño de las competencias de gestión y administración y que se plasma en el modelo de conducta del ordenado empresario se pueden distinguir dos elementos. Por un lado, el tipo de conducta al que los administradores han de ajustarse en el desempeño del cargo y que se corresponde con la conducta propia de un empresario, y por el otro, el grado, es decir la calidad que, en relación de mayor a menor, puede tener la conducta de un empresario y que está representado por el calificativo ordenado.

Continuando con la tipología del administrador societario, las expresiones "administrador de hecho" y "administrador de derecho" se utilizan para aludir a una misma persona, el administrador societario. Ambas categorías aparecen, equiparadas en el Derecho penal; y ello ha de ser así en tanto que el Derecho penal debe huir de las categorías fórmales que se puedan manejar en otras ramas del Derecho y profundizar en los aspectos materiales a la hora de determinar qué persona es responsable de un hecho delictivo. Sobre ambos conceptos hay ya amplio consenso en la doctrina, pues la noción penal de administrador de derecho no plantea, a priori, grandes dificultades pues, se trata de un concepto claramente delimitado por la legislación y la doctrina mercantil. Así, la doctrina penalista opta

¹³⁸ Rojo, Campuzano Laguillo, and Beltrán Sánchez, *La Responsabilidad de Los Administradores de Las Sociedades Mercantiles*, 14.

aquí por seguir la definición jurídico-mercantil, según la cual, tendrá la consideración de administrador de derecho quien reúna las siguientes notas características: nombramiento por el órgano competente mediante un acuerdo válido, aceptación expresa o tácita del cargo, e inscripción en el Registro Mercantil. Esta noción, como se ha señalado, coincide con la que se emplea en el Derecho mercantil.

No obstante, hay que puntualizar, que cuando se trate de miembros de un órgano colegiado (ej. consejo de administración o junta directiva), la responsabilidad penal no podrá ser como la mercantil, solidaria, sino que deberá individualizarse. También serán administradores de derecho a efectos penales quienes hayan recibido funciones delegadas (consejeros delegados y miembros de comisiones ejecutivas) o quienes gocen de un nombramiento específico para la realización de determinadas actuaciones (administradores concursales, judiciales, etc.) En todo caso, la circunstancia de ser administrador de derecho no es condición suficiente para atribuirle responsabilidad como autor del delito especial propio pues, en todo caso, habrá de ejercer realmente las funciones inherentes al cargo asumido y deberá de realizar la conducta típica descrita en el correspondiente tipo delictivo, que ha de serle imputable conforme a las reglas de atribución de responsabilidad penal. El administrador de hecho, por su parte, es quien sin tener nombramiento formal de administrador ejerce de facto sus funciones (ej. apoderados, directores generales o gerentes...) El concepto de administrador de hecho ha sido siempre discutido tanto en la doctrina mercantilista como en la penalista.

Tradicionalmente, en el ámbito mercantil se incluían dentro del concepto de administrador de hecho a aquellas personas cuya situación jurídica presentaba alguna irregularidad (nombramiento defectuoso, no inscrito, caducado, etc.). Si bien, en el momento actual, la legislación mercantil, en concreto, acoge un concepto más bien material de administrador de hecho, al señalar lo siguiente que el administrador puede seguir siéndolo pese haber caducado su periodo hasta seis meses después de este hecho, pero en el Derecho penal ya se venía siguiendo un criterio material de administrador de hecho, en donde lo relevante es el aspecto material de dominio

sobre la posibilidad de lesión del bien jurídico, y que se concreta en el ejercicio real de las funciones inherentes al cargo de administrador. Así indica la jurisprudencia que es administrador de hecho y el ejercicio de esas funciones debe posibilitar la ofensa al bien jurídico (ej. defraudando a la Hacienda Pública, disponiendo de los bienes de la sociedad, contrayendo obligaciones a su cargo...) pues lo relevante para considerar a un sujeto administrador de hecho es que tenga acceso al bien jurídico tutelado, no siendo relevante el dato de si hay una relación formal entre el sujeto y la sociedad. En este punto, algunos autores exigen, no obstante, un mínimo formal para el administrador de hecho, como la tolerancia, si quiera, tácita, por parte de la entidad respecto de su actuación o la exteriorización de las funciones respecto de terceros. Por otra parte, y también en relación con el administrador de hecho, la doctrina se cuestiona si el llamado "administrador oculto" o "administrador en la sombra" puede ser considerado administrador fáctico. Bajo esas denominaciones se hace referencia a sujetos que dirigen efectivamente la empresa, pero de manera encubierta. Los motivos para ello pueden ser varios: elusión de responsabilidades que derivan de la condición de administrador, utilización de una persona en apuros económicos, el deseo de una persona poderosa de manejar las entidades desde una cómoda posición, etc. En la práctica es difícil que se dé esta situación en estado, pero en todo caso, no niega que puedan ser considerados administradores de hecho; más bien al contrario.¹³⁹

Al respecto la jurisprudencia de la S.Pn., ha sido escasa hasta el momento sobre entrar a conocer de la concreción o no de la figura del administrador de hecho en un caso en concreto, del mismo únicamente se expresa "Se comprende por *"administrador de derecho"* a quien el derecho extrapenal, en concreto mercantil, lo califica de tal manera, es decir, quien ejerce (solo o con otros) las funciones de administración (o sea, gobierno, gestión y representación) de la sociedad con cumplimiento de todos los requisitos legales de nombramiento, inscripción, período de ejercicio del cargo, entre otros. Arts. 254 y siguientes del Com. Ahora bien, cuando el empleado está autorizado para realizar operaciones que van más allá de

¹³⁹ Sanz Gaité et al., *Tratado de Derecho Penal Económico*, 86.

su tarea específica, se le otorga la cualidad de “*administrador de hecho*”, pues de *facto* ejerce -aun sin nombramiento-, funciones continuas de administración.”¹⁴⁰

3.2.2 Tipología del Administrador Societario en el derecho penal económico empresarial.

Los distintos tipos o formas que jurídicamente pueden adoptarse al ostentar la calidad de administrador societarios fundamentalmente son dos: de hecho y de derecho. A su vez, el administrador de derecho no ofrece mayor problemática en cuando a su forma de expresión exterior dentro de las sociedades mercantiles, debido a que, media vez este revestido de las formalidades legales, siempre no habrá duda de su calidad y de su probable responsabilidad penal ante un hecho delictivo. Situación que es diferente respecto del administrador de hecho. Siguiendo los extraordinarios fundamentos del jurista latinoamericano Percy García Cavero, podemos encontrar los que a continuación se analizan doctrinalmente:

Administrador de hecho por nombramiento formal ineficaz de administrador. Los casos de responsabilidad del administrador en los que ciertamente hay un acto formal de nombramiento como administrador, pero, sin embargo, este nombramiento es “civilmente” ineficaz, no han presentado mayores problemas en la discusión jurídico-penal. Incluso ya en el propio Derecho privado —Derecho civil y Derecho mercantil— se atribuye a estos supuestos cierta eficacia jurídica, especialmente para los supuestos legales que regulan la responsabilidad del órgano de la empresa, donde para la eficacia jurídica del acto de nombramiento, la doctrina penal ha requerido, básicamente, que el afectado por el nombramiento tome conocimiento del mismo y lo acepte expresa o tácitamente a través de determinados comportamientos que denoten la “asunción del cargo de administrador.” En estos supuestos se encuentran, por ejemplo, el nombramiento caducado, nulo o la anulación de la sociedad misma, que vuelve irregular el nombramiento del

¹⁴⁰ Sala de lo Penal, *sentencia definitiva, referencia 313C2018*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018)

administrador del cual dependen, pero que, al continuar actuando en el tráfico mercantil respecto de terceros, posee la calidad de administrador de hecho.

Administrador de hecho por el no nombramiento. En el supuesto de un administrador no nombrado, una persona asume “fácticamente” las funciones de administrador sin que formalmente esté reconocido como tal y sin que exista, cuando menos, un acto de nombramiento incluso ineficaz. Si no existe un nombramiento como causa jurídica de la posición de órgano de la empresa, se plantea entonces la cuestión de cómo imputar la responsabilidad penal a aquella persona que ha asumido materialmente las funciones de administración, pero que formalmente no tiene ninguna vinculación con la empresa. Para estos casos, se han desarrollado determinados principios que, si bien no han permanecido sin crítica por parte de un sector de la doctrina, pueden ser, un parámetro de análisis viable, donde según éstos, una responsabilidad penal del administrador de hecho ha de afirmarse bajo los siguientes presupuestos: Asunción de hecho de la actividad de administrador, el consentimiento de los socios y la apariencia de un acto de nombramiento en los delitos de omisión.

Asunción de hecho de la actividad de administrador. El primer requisito que se exige para afirmar la responsabilidad del administrador no nombrado de la empresa es que el sujeto haya asumido y ejercido de hecho la posición de administrador. El problema que surge en la verificación de este presupuesto es determinar cuándo debe entenderse que existe una asunción de hecho de la actividad de administrador. Por este motivo, se plantea la cuestión de si se necesita la asunción de todas las funciones de administración, de sólo alguna de ellas, o basta la existencia de una influencia determinante en los procesos negociales globales de la empresa con una considerable permanencia en el desempeño de sus funciones. GARCIA CAVERO¹⁴¹ plantea que la solución que da la doctrina a esta situación versa sobre el comportamiento del administrador y de los terceros sobre él, en el sentido que

¹⁴¹ Garcia Cavero, *La Responsabilidad Penal Del Administrador de Hecho de La Empresa: Criterios de Imputación.*, 118.

cuando, tanto hacia el interior como hacia el exterior de la empresa, todas las órdenes provienen del sujeto y éste tiene, además, una influencia determinante sobre el proceso global del negocio.

El consentimiento de los socios. Como segundo presupuesto, se requiere que el sujeto realice las funciones de administrador con el consentimiento de los socios o, en todo caso, del órgano societario competente -por ejemplo, el consejo de administración de una sociedad anónima-. La posición de administrador debe haber sido otorgada al sujeto por parte de los propietarios económicos de la empresa o, cuando menos, de sus representantes. El consentimiento de los socios puede también ser inferido de las circunstancias en las que actúa el sujeto. Incluso, este requisito podría ser cubierto con la simple tolerancia de las actividades del administrador de hecho por parte de los socios o del órgano competente.

La apariencia de un acto de nombramiento en los delitos de omisión. Como se ve, que el sujeto haya asumido fácticamente las funciones de administrador, así como la existencia de un consentimiento de los socios o representantes, no ha encontrado mayores inconvenientes de análisis para respecto los delitos de comisión activa. El sujeto a través de un “hacer activo” con consentimiento de los socios o sus representantes, utiliza la amplia confianza de los terceros respecto de su posición dentro de la empresa. Los terceros, en tanto no exista un elemento de juicio que asegure lo contrario, confían fundadamente que quien ha actuado no es cualquier empleado de la empresa, sino un miembro responsable de la administración. Por lo que el problema radica en la atribución de delitos de omisión, dada la exigencia del deber jurídico de cuidado.

Por el contrario, en los delitos de omisión, algunos autores han exigido, además, un acto de nombramiento cuanto menos aparente como administrador de la empresa. Tratándose de deberes de actuar que responden exclusivamente al status de administrador, una persona que no está nombrada como tal no tendrá la posibilidad jurídica de cumplir con estas obligaciones. En este sentido el citado autor manifiesta

que la pura asunción de las funciones de administración, incluso con el consentimiento de los socios, no fundamenta la responsabilidad penal.

Administrador de hecho en los casos del hombre de paja: El testaferro, el administrador sumiso y el administrador instrumento. La configuración de la responsabilidad penal en el caso del uso de “hombres de paja”, expresa GARCIA CAVERO¹⁴², que una respuesta única para esta constelación de casos sería una simplificación poco rigurosa de la problemática y, por ello, creo que deben diferenciarse diversos supuestos en el caso de existencia de las llamadas “personas-pantalla”. En primer lugar, puede plantearse el caso del administrador de derecho que no asume labores de administración y simplemente se limita a aparecer formalmente como administrador de la empresa, firmando incluso documentos sociales, pero dejando la administración de la empresa completamente en manos de un administrador de hecho. La situación cambia si el administrador de derecho no sólo cumple una función de simple pantalla, sino que adicionalmente ejecuta actos de administración, pero siguiendo estrictamente las órdenes expedidas por una persona de atrás que decide sobre la administración de la empresa.

Finalmente, puede suceder que el administrador de derecho se encuentre sometido por alguna razón penalmente relevante (coacción o error) a la “voluntad del hombre de atrás”, de forma tal que actúa como mero instrumento en la administración de la empresa. Si bien puede hablarse de manera general en estos casos de un uso de “testaferros”, solamente en el primero de estos casos existe un testaferro en sentido estricto. En el caso de uso de un simple testaferro, expresa el citado autor, no habrá inconveniente para considerar autor de los delitos de dominio al administrador de hecho que asume realmente las funciones de administración. Si se trata de un delito común bastará con la efectiva asunción de las facultades de administración desde las que se deriva el riesgo prohibido. El testaferro sólo aparece formalmente como administrador, pero no se presenta en la realidad como el administrador de la

¹⁴² Percy Garcia Caverro, “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular,” *Revista para el analisis del derecho*, 2006, 8, <https://core.ac.uk/download/pdf/39072605.pdf>.

empresa, pues esta labor es realizada frente a los demás por el administrador de hecho. En consecuencia, el administrador de derecho sólo podrá ser considerado partícipe del delito cometido por el administrador de hecho, siempre que con su apariencia formal contribuya a la realización del delito. En cuanto a esto, el autor concluye que el que el administrador de derecho aparezca simplemente como administrador de la empresa sin ejercer realmente ninguna función de administración, no parece conciliable con la exigencia de un dominio funcional del hecho que permita hacerlo tan responsable como el administrador de hecho.

El caso del administrador “sumiso”, se expresa que cuando el administrador de derecho no sólo aparece formalmente como tal, sino que ejerce además los actos de administración en estricto cumplimiento de las órdenes de un hombre de atrás, responderá penalmente por los delitos de dominio en calidad de autor. Tanto para los delitos comunes como para los especiales, el administrador de derecho tiene el dominio que fundamenta su responsabilidad como autor. Más discutible podría ser la responsabilidad penal del hombre de atrás. Si el delito es un delito común, en el que cabe, por tanto, una distribución o reparto del trabajo, el hombre de atrás podría dejar el plano de la inducción y entrar a ser, más bien, coautor.

En última instancia tratar del caso del administrador “instrumento”, que hace referencia al tercer supuesto “de hombre de paja” que se presenta cuando el hombre de atrás maneja al administrador formalmente nombrado mediante coacción o error. En estos casos, la responsabilidad penal del administrador de hecho de atrás resulta indiscutible, pues utiliza al administrador formal como instrumento para la ejecución del delito. En los delitos de dominio comunes no habría mayor inconveniente para sustentar la responsabilidad penal del administrador de hecho. Pero en el caso de delitos especiales, se plantea la cuestión de si la responsabilidad puede alcanzar a este administrador de atrás, pese a no tener el dominio social requerido.

La casuística que se presenta en situaciones de concurrencia entre un administrador de derecho y un administrador fáctico es tan frecuente en la práctica

como dispar, dependiendo del grado de implicación que ambos sujetos tienen en las funciones de administración. Debe tenerse presente que la gran mayoría de las situaciones encuadrables en una administración concurrente, son abordadas generalmente por la doctrina desde el punto de vista del administrador de hecho y una posible imputación a título de autoría. Ahora bien, los supuestos de coadministración también abarcarían las hipótesis de concurrencia de varios administradores formales, bien como dos administradores solidarios o mancomunados, bien como miembros de un Consejo de Administración. En estos casos, en los que no se plantean problemas de restricción típica a la actuación del sujeto derivada de la habilitación legal del cargo de administrador, la condena ha venido fundamentada por su participación en la realización de la conducta típica, reafirmando así, dos tesis. Por un lado, conforme a lo que se ha señalado anteriormente, la necesidad de un concepto material de administrador de derecho que aúna el dato formal de la aceptación del cargo regular de administrador con el ejercicio real de la función o dirección jurídica y económica de la entidad, aspecto que, además, entiendo que debe admitirse tanto desde el punto de vista de la intervención activa del sujeto como, igualmente, a los efectos de una posible imputación omisiva en su contra. Por otro lado, en los casos en los que la responsabilidad del administrador de derecho viene motivada por el actuar en lugar de otro, permite reafirmar igualmente que tal figura no consagra una responsabilidad objetiva por la mera ostentación formal del cargo de administrador. En realidad, ambos aspectos vienen a significar lo mismo, cada uno en su ámbito o, más correctamente, el primero con carácter general y el segundo en aplicación específica, puesto que la cuestión del concepto del administrador de hecho y de derecho es unitario para todos los campos delictivos en los que aparecen inculcados.¹⁴³

Cuando los indicios apuntan a que el sujeto ha tenido el dominio sobre la realización del hecho típico, no ha habido problemas para calificarle autor del correspondiente

¹⁴³ María Soledad Gil Nobajas, "Delimitación Conceptual y Atribución de Responsabilidad Penal Al Administrador de Derecho: Una Revisión de La Doctrina Desde La Jurisprudencia," *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 10 (2013): 125.

tipo penal, sin que para ello sea necesario que haya asumido y ejercido globalmente todas las atribuciones propias de un administrador societario, según se ha visto. Sensus contrario, cabría esperar que un testaferro, por definición sin capacidad decisoria ya que se limita a poner voz y voto a las decisiones del hombre de atrás, no incurra en responsabilidad por falta de dominio sobre el hecho.

Capítulo 4. La responsabilidad penal del Administrador Societario en la Dogmática Penal.

SUMARIO: Capítulo 4. La responsabilidad penal del Administrador Societario en la Dogmática Penal. 4.1 Autoría y participación delictiva relativa a la figura del Administrador Societario en los delitos en y desde la empresa. 4.1.1 Imputación objetiva aplicable a la figura del Administrador en los delitos societarios. 4.1.2 Imputación subjetiva aplicable a la figura del Administrador en los delitos societarios. 4.1.2.1 El Administrador Societario en los delitos de Dominio. 4.1.2.2 El Administrador Societario en los delitos de Infracción del Deber. 4.2 Acciones por la responsabilidad de los Administradores Societario. 4.3 El “Actuar en lugar de Otro” y el Administrador Societario. 4.4 La Autoría Mediata en el ámbito empresarial relativa al Administrador Societario. 4.5 Programas de cumplimiento normativo en el ámbito empresarial relacionados al Administrador Societario. 4.6 Propuesta de “Lege Ferenda” de la aplicación de la figura del Administrador de Hecho en los delitos societarios y la corrupción en el ámbito privado.

4.1 Autoría y participación delictiva relativa a la figura del Administrador Societario en los delitos en y desde la empresa.

Las teorías y doctrinas tradicionales del delito y de la autoría y la participación se encuentran vinculadas directamente a la delincuencia en clave individual, sobre la cual se ha erigido toda la teoría del delito y sus categorías tradicionales. Ello ha provocado que la doctrina y, lo que es más importante, la praxis judicial se halla visto abocadas a ciertos callejones sin salida donde las soluciones tradicionales no tienen utilidad en relación a las nuevas tendencias de conductas criminales, como en el ámbito de la empresa y sociedades mercantiles. La teoría tradicional del delito con sus habituales categorías de imputación de hechos delictivos parece haber encontrado una especie de "trampa mortal" en el ámbito de la responsabilidad penal derivada de actuaciones empresariales, expresa FEIJO SANCHEZ, y que la normativización del injusto, capitaneada por la teoría de la imputación objetiva, abre, sin embargo, una dimensión nueva para el tratamiento de estructuras complejas como las empresariales o de las Administraciones Públicas y, en general, para solucionar dogmáticamente los problemas que las estructuras sociales modernas

plantean a la dogmática jurídico-penal.¹⁴⁴ Es en este contexto, que el análisis de las perspectivas de imputación penal en el ámbito empresarial cobra suma importancia para la dogmática en aras de aplicación correcta en el caso concreto.

Cabe indicar, por demás, que las empresas hoy en día comprenden una forma de hacer negocios diferentes, razón por la cual las conductas que se dan en el seno de las empresas demandan un replanteo de las teorías tradicionales de imputación de la responsabilidad penal, claro está, sin que los nuevos criterios de imputación estén divorciados o separados completamente de la teoría general de participación criminal, de las que a continuación se analizarán, todo sobre la base de un criterio de imputación y autoría que en el área interna de la empresa, hace que la imputación penal se obligue a utilizar criterios vinculados con esferas de competencias, roles, deberes de vigilancia, división de tareas y modos dolosos y hasta imprudentes de participación.¹⁴⁵

4.1.1 Imputación objetiva aplicable a la figura del Administrador en los delitos societarios.

La conducta típica como creación de un riesgo no permitido. En aquellos delitos que no sean meramente de peligro abstracto, la conducta debe representar un riesgo desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el tipo penal correspondiente.¹⁴⁶ Es por ello, que, si la conducta del administrador societario no causa un perjuicio económico para la sociedad, la empresa o los socios, se trata de una conducta irrelevante para el derecho penal. En el ámbito del Derecho Penal económico nos encontramos, en realidad, ante victimizaciones mediante fraude, es decir, creaciones de riesgo que consisten en conductas fraudulentas.

¹⁴⁴ Bajo Fernandez, Bacigalupo, y Gómez-Jara Díez, *Gobierno Corporativo y Derecho Penal.*, 191.

¹⁴⁵ Manzano, *Responsabilidad Penal de Los Administradores En Los Delitos Societarios, Tomo I.*, 102.

¹⁴⁶ Bernardo Feijoo Sánchez, "Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial," *InDret*, Barcelona, 2009, 26.

Por ello, la exigencia de la creación de un riesgo no es más que un punto de partida. El hecho de que alguien que desarrolle un rol económico haya creado un riesgo no significa que la conducta se encuentre ya jurídico-penalmente desvalorada sin ulteriores valoraciones. Este aspecto es especialmente relevante en ámbitos con una abundante regulación extrapenal como los que suelen caracterizar a los delitos socioeconómicos. En relación a la administración fraudulenta, se plantea que el interés teórico por esta modalidad delictiva característica de los tiempos que corren y claro ejemplo de cómo el Derecho Penal puede influir en la actividad económica viene motivado en gran medida porque los administradores detentan deberes positivos de lealtad en el ámbito de los intereses que administran. Lo que pretenden garantizar las normas penales son sólo unas prestaciones mínimas indispensables o irrenunciables por parte de sujetos que detentan deberes especiales, desde luego nunca gestiones óptimas o determinadas expectativas económicas. Lo que garantiza el Derecho Penal no es que una sociedad tenga los mejores gestores, sino que éstos gestionen lealmente.

Paralelamente a lo que sucede con otros sujetos que tienen deberes positivos, a los que no se les exige penalmente un cumplimiento óptimo de sus obligaciones o que alcancen determinados objetivos, sino exclusivamente que no dejen de cumplir unos mínimos en el desempeño de sus funciones. Pero, como el autor citado, cuando se habla de la creación de un riesgo no permitido (o no evitación por parte de un garante) se está haciendo referencia a la imagen ideal de un sujeto que por sí solo organiza un hecho delictivo. Sin embargo, definimos mejor los problemas de imputación objetiva si más que de creación del riesgo no permitido hablamos en general de competencias con respecto al hecho descrito en la norma penal, y esto tiene referencia con la imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales, que va más allá de la teoría del dominio del hecho, porque, según el autor, éste puede llegar a ser incluso causal, por lo que el criterio decisivo es el de la competencia dentro de la organización (que es la que fácticamente tiene un dominio global sobre el hecho), evidentemente teniendo en cuenta que el Derecho Penal no se rige por criterios meramente formales sino por criterios materiales.

En este sentido lo que interesa es determinar quién ha operado en el caso concreto como administrador de hecho en una empresa, entendido esto en sentido amplio. El administrador de Derecho sólo interesa a efectos de imputación jurídico-penal cuando coincide con lo que el sistema jurídico-penal entiende como un administrador de hecho.¹⁴⁷ Ahora, además de la creación de un riesgo no permitido, y que, para el ámbito empresarial, le sea competente dicha creación, además se encuentra en este análisis que el resultado típico sea por la concretización o realización de ese riesgo creado. Evidentemente, que al sujeto se le impute objetivamente una conducta como la descrita en el tipo penal exige en los delitos de resultado o de peligro concreto la constatación de que dicho resultado forma parte de la conducta (realización o concreción del riesgo en un resultado). En resumidas cuentas, los criterios normativos de imputación objetiva aplicables a los delitos económicos concretizados en la empresa son: la creación de un riesgo, que ese riesgo no sea permitido. También, en materia de delitos societarios existe la llamada competencia por la creación de ese riesgo no permitido. Muchas veces es una organización empresarial la que crea el riesgo. Mientras en la criminalidad tradicional lo habitual es que el sujeto realice el hecho “de propia mano” directamente (en solitario o conjuntamente con otros), “en el ámbito de los delitos económicos desempeña un papel relevante la realización de delitos desde estructuras empresariales. Debido a las características del mundo económico, puede haber más sujetos competentes del hecho delictivo que el autor o los co-autores del mismo.”¹⁴⁸

Las teorías tradicionales para imputar hechos delictivos en casos de empresas pequeñas sin demasiada complejidad u organizaciones empresariales donde existe un superior jerárquico que ostenta de forma monopolística el poder de mando y decisión sobre un grupo reducido de subordinados. Sin embargo, las cosas en la “empresa moderna” que, además, no presenta una foto fija sino un perfil que cambia

¹⁴⁷ Ibid., 39.

¹⁴⁸ Ibid., 37.

con suma rapidez, lo decisivo no es quién ejecuta “de propia mano” las acciones, ni tampoco quien tiene un mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial, sino que habrá que atenerse a la asignación material de competencias.

4.1.2 Imputación subjetiva aplicable a la figura del Administrador en los delitos societarios.

La organización defectuosa de la empresa como criterio de imputación en las concepciones funcionalistas. Para este criterio de imputación debe evaluarse la forma del “carácter riesgoso” de la organización estructural que una empresa representa. Es decir, que una empresa es ente generador de riesgos ya que expone bienes jurídicos de personas en ocasión de su administración, riesgos que pueden estar dentro de los límites tolerables.¹⁴⁹

Los administradores deben ajustar su comportamiento a los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico, tanto interno de empresa (estatutos), como los que indica la norma positiva propia de las sociedades, así como las demás normas internas y normas especiales de prudencia y de protección de derechos en sentido general regidas tanto por leyes especiales como por aquellos acuerdos internacionales que haya suscrito el Estado y que sean de obligatorio cumplimiento en el derecho interno, y que no sólo deben los administradores ajustarse a las normas legales sino también crear un esquema de organización interna idóneo para evitar la afectación de derechos o bienes jurídicos de terceros relacionados con la estructura societaria permanente u ocasionalmente.

Esto conlleva una organización esquemática del organigrama interno, y de las responsabilidades y estructuras de delegación interna, ya que la actividad comercial empresarial es un riesgo y para mantenerlo controlado se necesita respetar los

¹⁴⁹ Manzano, *Responsabilidad Penal de Los Administradores En Los Delitos Societarios*, Tomo I., 102.

niveles de transparencia y de organización que permitan un funcionamiento adecuado y sistemático de las responsabilidades de cada estamento.

Es por eso que no sólo los administradores, sino además los titulares de las empresas (socios), asumen un compromiso frente a los terceros de controlar los riesgos que una organización defectuosa puede causar; de aquí nacen las obligaciones o deberes de relación y delegación, ante lo cual, ante los defectos de organización, y el incumplimiento de los *Compliance Penal* explica la comisión de delitos y su autoría por parte de los órganos de administración.

Responsabilidad penal por comisión de los órganos superiores. Bajo esta perspectiva, una parte importante de los delitos societarios se hacen y cometen por medio de sus órganos superiores en detrimento de los socios y de la sociedad misma, pero la particularidad de los delitos societarios es que intervienen varios agentes que hace difícil atribuir la responsabilidad penal a quien o quienes cometen el acto reprochable penalmente. De hecho, con frecuencia resulta que el comportamiento colectivo es más significativo que los robos aislados de fondos que hacen los subalternos o empleados de menor categoría, ya que las decisiones y responsabilidad en la administración del ente social y la fiscalización de la empresa queda a cargo de los órganos superiores, de ahí la exigencia con mayor vehemencia de la punibilidad de los directivos. Por lo que, el análisis sobre los criterios de imputación, con miras a dar respuesta y a encontrar la forma de cómo articular dogmáticamente la responsabilidad penal cuando se cometen ilícitos en ocasión de obligaciones de prudencia y de deber, las cuales generalmente presentan mayor dificultad debido a que se encuentran diseminadas y distribuidas en la práctica en varias personas, departamentos y órganos, lo cual dificulta la prueba de la ocurrencia de tales ilícitos.¹⁵⁰

Por lo que, pasaremos al análisis de criterios jurídico penales de imputación en la estructura de la empresa aplicables a la figura del administrador societario de hecho

¹⁵⁰ Ibid., 104.

y de derecho. El Derecho penal busca tener expectativas normativas de conducta, diferenciando según se trate de aspectos referidos a la organización de la propia esfera o a la vinculación de esferas. El sujeto que se desempeña como órgano de una empresa no se desentiende de estos roles, sino que, más bien, éstos se concretan según las circunstancias en las que se encuentra. El rol de ciudadano se particulariza en las actividades de un administrador —por ejemplo— y, en caso de determinarlo así ciertas instituciones sociales, su posición de administrador puede vincularles frente a otras esferas de organización.

Asimismo, es preciso que el autor abarque con su dolo (o con su imprudencia) los elementos que convierten su comportamiento en una creación no permitida de un riesgo. Es decir, en el ámbito del Derecho Penal económico el riesgo no permitido tiene que ser creado de forma dolosa (o por imprudencia grave).

4.1.2.1 El Administrador Societario en los delitos de Dominio.

Los delitos de dominio están referidos al rol general de ciudadano y, por tanto, a la libre organización de la esfera individual. Sin embargo, en estos casos, puede existir una organización conjunta de distintas personas, de manera que todos se unan en una sola obra. Éste es el caso de los delitos de dominio que concretamente se verifican en las actividades de la empresa, y en los que la imputación jurídico-penal se estructura sobre las competencias internas de cada miembro. La esfera de organización de un miembro de la empresa se construye según las competencias asumidas dentro de la misma. Sin embargo, la responsabilidad no sólo está distribuida, en el mismo sentido que la división del trabajo, entre las actuaciones de los componentes de la estructura empresarial, sino que, hay diversos ámbitos de organización, existe una responsabilidad múltiple en la forma de deberes de organización, control y vigilancia.

La responsabilidad penal es quebrantamiento de un rol. Este quebrantamiento se produce por el incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, de las competencias que

integran el rol. Para la determinación del conjunto de competencias que conforman el rol de ciudadano de los miembros de la empresa en los delitos de dominio —y, en este sentido, el alcance de se recurre a los criterios de distribución de su responsabilidad penal— competencias según los roles internos dentro de la organización empresarial. Estos roles internos determinan posiciones de dominio sobre ciertos aspectos de la empresa que fundamentan la responsabilidad penal por el hecho. La delimitación concreta de las competencias que conforman el rol interno, normalmente, se hace en función del organigrama de la empresa. Sin embargo, este criterio es, incluso ya en el propio sistema empresarial, problemático. En los delitos de dominio, se trata de buscar la relación de equivalencia entre los administradores de hecho y de derecho; así, cuando el potencial administrador de hecho asuma funciones de administración, podrá responder penalmente de la misma manera que lo podría hacer el administrador de derecho, puesto que lo realmente importante sería su *status* particularizado en un ámbito determinado y no el vínculo formal de esferas de organización que pudieran existir; pero se exige no cualquier asunción de funciones sino una que realmente permita hablar de equivalencia normativas; pese a ello, se ha puesto de manifiesto que no se da de manera satisfactoria solución a determinados problemas respecto de la autoría y participación en lo que se refiere a los «delitos de lesión de deber específico», en cuya categoría quedan incluidos los delitos comisivos de deber y los hechos omisivos; a los delitos de propia mano que pueden considerarse independientes de los delitos de deber específico a efectos de autoría; y, por último, a los delitos imprudentes en los que no existe un criterio específico de imputación al autor y tampoco el del dominio del hecho. Así como ha señalado el mismo autor, el dominio del hecho constituirá el criterio general de autor en todos los delitos dolosos en los que no deben entrar en juego otros criterios alternativos. Por consiguiente, para llegar a un correcto entendimiento de la cuestión dentro de los delitos de dominio se alude a la asunción como dominio social del hecho y a la exteriorización del mismo.¹⁵¹

¹⁵¹ José Manuel Ríos Corbacho, *El Administrador de Hecho En Los Delitos Societarios* (Cadiz: Servicio Publicaciones Universidad de Cadiz, 2005), 79.

Se plantea para el delito de administración fraudulenta que se configura como un delito de dominio, los autores serán aquellos administradores y directivos que tienen la competencia primaria por el dominio del hecho, es decir, aquellos a los que les corresponde la facultad de administración o control, cuyo abuso ha dado lugar al delito de administración fraudulenta. Aquéllos cuyo dominio del hecho se encuentra en un nivel secundario, solamente podrán responder a título de partícipes. En esta determinación de la competencia por el dominio, se presentan problemáticos los casos en los que el delito proviene de una decisión colegiada tomada por el directorio, el consejo de administración o el consejo de vigilancia. Si bien el tipo penal incrimina a los miembros de estos órganos colegiados si se realiza alguna de las conductas de administración fraudulenta tipificadas, la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado debe ser determinada individualmente en virtud del principio de culpabilidad.¹⁵²

Esta circunstancia posee relación directa con los deberes de vigilancia y control, tal como ya se habló en este trabajo, dado que los órganos de gobierno corporativo, al poseer estos deberes directamente impuestos por la norma, normativamente, se encuentran vinculados a las acciones que en sí misma comete la empresa, de parte de los superiores a los subordinados, pues como BUJAN PEREZ¹⁵³, “dicha importancia dimana esencialmente de los antecitados fenómenos de la disociación y la escisión que tienen lugar en las estructuras jerarquizadas entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo. Desde la perspectiva jurídico-penal se produce así en la práctica un traslado de la imputación personal hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, toda vez que sólo ellos realizan por sí mismos materialmente la conducta típica descrita por la ley. Por lo demás, ese traslado de la responsabilidad

¹⁵² Percy García Cavero, *Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II.* (Lima: Grijley, 2007), 408.

¹⁵³ Carlos Martínez-Bujan Pérez, *Derecho Penal Económico y de La Empresa. Parte General.*, ed. Tirant Lo Blanch, 6° (Valencia, 2022), 674.

criminal hacia abajo lleva aparejado un indeseable menoscabo del efecto preventivo de las normas penales”, pero que, sin embargo, la autoría del hombre de atrás, posee claro carácter de autoría directa en el delito consumado, inclusive vía la comisión por omisión.

4.1.2.2 El Administrador Societario en los delitos de Infracción del Deber.

En los delitos de infracción de un deber el rol especial de los miembros de la empresa no depende de las competencias internas que éstos realmente desempeñan en la estructura organizativa de la misma. El rol especial se expresa a través de deberes específicos que se atribuyen a ciertos miembros de la empresa en el desarrollo de sus actividades. La cuestión problemática que aquí se plantea es si el Derecho penal determina, independientemente de la regulación jurídico-privada o pública, los deberes esto es, tanto los destinos específicos de los miembros de la empresa, esto es, tanto los destinatarios de la norma penal, como la determinación del contenido del deber específico. La posición que considero más adecuada para explicar el carácter de los delitos de infracción de un deber se encuentra en el punto de partida que afirma la dependencia del tipo respecto a otras normas extrapenales y que sólo admite una interpretación fáctica si no existe una tal regulación extrapenal. La determinación del deber específico de los miembros de la empresa (administradores, socios, encargados del servicio, etc.) se llevará a cabo en el tipo penal concreto y en relación con las normas extrapenales que regulan este deber específico.

El status de miembro de la empresa puede llegar a constituirse, por determinadas instituciones sociales, en un rol especial del que surgen ciertos deberes específicos. En caso de darse protección jurídico-penal a alguno de estos deberes específicos (o a una parte de éstos), ello no implica una valoración autónoma del Derecho penal, ni tampoco una simple accesoriedad. Se trata de una regulación jurídico-penal que recae sobre una institución social determinada y cuyos contornos están delimitados

por otras ramas del Derecho. El Derecho penal otorga protección a cierta institución social mediante la configuración de los delitos de infracción de un deber propia eficacia de la protección penal depende del grado de vinculación del tipo penal a las normas extrapenales correspondientes.

De los miembros de la empresa es el administrador el que se expresa en determinados ámbitos como un rol especial. Si el Derecho penal brinda protección a alguno de los deberes específicos que surgen del rol de administrador, deberá vincularse el tipo penal a las normas extrapenales del ámbito de regulación correspondiente.¹⁵⁴

Esto es, en el otro extremo de la clasificación de los delitos que utiliza la doctrina para explicar la posición del administrador de facto, se encuentran los delitos de infracción de un deber, entendidos como aquéllos en los que es necesaria la particular configuración extrapenal del deber específico, que le permite fundamentar la traslación de tal deber al órgano de la empresa, donde sólo si el deber específico que contiene la norma se basa en una institución no regulada normativamente por ninguna otra área jurídica, serán los criterios fácticos los que podrán aplicarse para resolver estos casos. Ahora bien, la vinculación del tipo penal a las normas extrapenales no significa una reducción a cuestiones puramente formales, ya que esto sería una visión reducida de las cosas,¹⁵⁵ donde realmente imperan criterios materiales de asunción o adopción de potestades de administración y dirección.

En este sentido, el citado autor BUJAN PEREZ¹⁵⁶, expresa que es usual en la doctrina (con independencia de la perspectiva metodológica de la que se parta) la afirmación de que, a diferencia de lo que sucede en los delitos especiales de dominio, en los delitos de infracción de un deber específico la regla del actuar en lugar de otro se desenvolverá, en cambio, de conformidad con los criterios de la

¹⁵⁴ García Cavero, *La Responsabilidad Penal Del Administrador de Hecho de La Empresa: Criterios de Imputación.*, 99.

¹⁵⁵ Ríos Corbacho, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, 82.

¹⁵⁶ Martínez-Bujan Pérez, *Derecho Penal Económico y de La Empresa. Parte General.*, 750.

teoría de la representación o de la transmisión. El nombramiento formal de representante será, pues, el que comportará la transferencia del deber específico propio del status requerido por la norma, que puede consistir tanto en la prohibición de hacer algo (acción) como en el mandato de evitar determinados comportamientos de terceros (omisión), y sin que puedan ser tomados en consideración (al menos como regla general) aspectos fácticos como criterio de imputación de responsabilidad por incumplimiento del deber.

4.2 Acciones por la responsabilidad de los Administradores Societario.

Las acciones legales que pueden entablarse en contra de los administradores societarios, de hecho, o de derecho, son de distinta índole de acuerdo a la solución pretendida por el actor. En las siguientes líneas se tratarán las formas en las que dichas acciones pueden manifestarse.

Acción individual de responsabilidad. Estas son las que los accionistas y terceros perjudicados podrán entablar individualmente con vista en la indemnización que puedan corresponderles por los actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. En este sentido, MOYA GIMENEZ¹⁵⁷ analiza que los requisitos mínimos para que los accionistas puedan entablar la acción individual de responsabilidad de indemnización contra los administradores, son las siguientes: a) Podrán ejercitar conjuntamente los socios, cuando solicitan la convocatoria de junta para ejercitar la acción y los administradores no la convocasen; b) Cuando se adopte un acuerdo en la junta general, pero la sociedad no la entable dentro del plazo establecido, contado a partir de la adopción del acuerdo; c) Cuando el acuerdo adoptado fuera contrario a la exigencia de responsabilidad; d) Podrá cada uno de los accionistas ejercitar la acción individual de responsabilidad cuando los actos de los administradores lesionen directamente sus intereses (económicos, societarios), y e) Es requisito

¹⁵⁷ Moya Jiménez, *Los administradores sociales y los delitos societarios*, 135.

imprescindible que estos actos hayan sido efectuados por los administradores infringiendo la legalidad vigente o los estatutos sociales, o sin la diligencia con la que debían de haber desempeñado el cargo. Teniendo de común carácter la relación de causalidad entre la conducta del administrador y los daños o perjuicios causados a la Sociedad.

La distinción de la acción social frente a la acción individual se fundamenta a la atención al patrimonio que directamente ha sufrido el daño: patrimonio social o patrimonio particular del socio o de un tercero, respectivamente. Por ello, el éxito de la acción supondrá, según los casos, restañar el patrimonio social perjudicado o indemnizar directamente el daño causado al tercero.

Todo lo anterior se fundamenta en la idea de que los administradores, como órgano de gestión y representación de la sociedad, son los encargados de dar cumplimiento a normas específicas establecidas para atender diversos intereses y de actuar con la diligencia de un buen administrador. Desde este punto de vista, la acción individual es un contrapeso frente a los excesos a que podrían conducir la tesis de la responsabilidad orgánica: el administrador nunca responde porque lo hace la sociedad. Existen casos en los que, por la gravedad de la conducta realizada por el administrador, puede identificarse una responsabilidad individual. No basta pues cualquier incumplimiento de norma legal o estatutaria, sino que habrá que atender “al fin de protección de la norma en relación con los daños que se traten de evitar y las personas amparadas por la misma”.¹⁵⁸

Acción Social de responsabilidad. La mala gestión, o fraudulenta gestión, de los administradores societarios puede trascender a niveles de toda la sociedad, donde además de los acreedores sociales, también pueden ser perjudicados y dañados en sus derechos económicos y societarios, que, por el interés general de la compañía, de sus accionistas y trabajadores, en muchas ocasiones velan por sus propios intereses. Es por ello de que los accionistas de ciertas sociedades, que cuando ven

¹⁵⁸ Ibid., 138.

como sus compañías van acumulando pérdidas, pueden acudir a los tribunales a intentar resarcirse de estas situaciones, a través de la llamada acción social de responsabilidad.

En este caso tenemos que diferenciar dos tipos de acciones: 1) la que ejercita la Sociedad en su conjunto contra los administradores, y 2) la que puedan ejercitar los accionistas a título particular. No cabe duda de que la acción ejercitada es la acción social de responsabilidad, cuando de acuerdo con la doctrina posea como requisitos los siguientes: a) La existencia de un comportamiento activo o pasivo desarrollado por los administradores; b) Que el mismo sea imputable al órgano administrativo en cuanto tal; c) Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y un representante leal; d) Que la sociedad sufra un daño, y, e) Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.¹⁵⁹

4.3 El “Actuar en lugar de Otro” y el Administrador Societario.

La doctrina del actuar en lugar de otro sirve “para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas, como naturales”, especialmente en relación con los delitos especiales. En virtud de esta figura, el representante legal de una persona jurídica se convierte en destinatario de las normas especiales que se dirigen inicialmente a la persona jurídica representada, por lo cual el representante legal (*extraneus*) obra en representación de la persona jurídica (*intraneus*) y, por lo tanto, a aquel le es imputable toda conducta que provenga del contexto social de la persona jurídica,¹⁶⁰ doctrina que es explicada en virtud de diversas teorías: En primer lugar, la teoría de la representación, vinculada a la teoría de la autoría (*Überwälzungstheorie*), “en virtud de la cual se traslada al representante la

¹⁵⁹ Ibid., 142.

¹⁶⁰ Castro Cuenca y Ospina Perdomo, *Derecho Penal Societario*, 57.

calidad de autoría del delito especial y, de esta manera, se cumplen en la persona de este último todos los requisitos necesarios para imputarle la responsabilidad criminal”.

En este sentido, “el ámbito de la responsabilidad del representante aparece constituido por aquellos elementos especiales de la autoría que expresan un dominio sobre el resultado producido equivalente al dominio que posee el garante en la omisión impropia”, donde el fundamento del actuar por otro es la existencia de una posición de garante fundada en el dominio sobre el fundamento del resultado. En este sentido, en la institución del actuar en lugar de otro lo que en realidad se produce es una transmisión de posiciones de garante, puesto que la posición de autoría en los delitos especiales propios consiste en la formulación de una posición de garante. En esto consiste su idea del dominio sobre el fundamento del resultado. Por su parte, otra teoría llamada de la relación de dominio social típica postula, el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función. A su vez ese dominio social tiene tres características: i) las estructuras de dominio social que implican que el bien jurídico solo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social de carácter cerrado en la que aquel debe desarrollar y cumplir una función social específica; ii) función de dominio social, que implica que dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial al bien jurídico; y iii) las acciones de dominio social, que implican que solo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de esta es posible la realización de cierta clase de acciones (se denominan acciones de dominio social). Por último, se considera que el fundamento del actuar por otro debe ser la teoría de los delitos de infracción de deber, pues solamente a través de esta se soluciona la problemática de la intervención del *extraneus* en delitos especiales.

En el ámbito del Derecho penal económico y de la empresa no son pocos los tipos penales que se configuran en nuestro C. Pn., como delitos especiales y ello implica que el sujeto activo debe reunir unas características subjetivas específicas sin las cuales no podrá ser considerado autor. Esta clausula sirve para dar solución a los casos de delitos especiales en los que una persona en la que no concurren las cualidades subjetivas específicas exigidas en el tipo realiza materialmente la conducta típica siendo administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o representante legal o voluntario de otro, en quien sí concurren esas cualidades específicas. Estamos, por tanto, ante supuestos en los que hay dos personas, pero sólo una de ellas lleva a cabo la acción típica. De no existir este precepto, ambos sujetos quedarían impunes pues el *intraeus* (quien sí posee la cualidad específica) no realiza conducta típica alguna por la que responder, y el *extraneus* (quien realiza la conducta) no cumple con las exigencias personales específicas del tipo penal, de modo que no puede responder como autor, pero tampoco como partícipe en el delito de otro dado que no hay conducta antijurídica alguna por parte del *intraeus*. Los requisitos para la aplicación son los siguientes: Que se trate de un delito especial. Que el sujeto activo sea administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o representante legal o voluntario de otro. Que dicho administrador o representante realice la conducta típica y no concurren en él las cualidades típicas específicas.¹⁶¹

4.4 La Autoría Mediata en el ámbito empresarial relativa al Administrador Societario.

Entre las posturas que han intentado dar solución a los problemas relacionados con la atribución de responsabilidad en estructuras jerárquicamente organizadas destaca la relativa a la autoría mediata. Recuérdese que hay autoría mediata cuando un sujeto (el autor mediato) utiliza a otro como instrumento para cometer el delito sin que éste actúe con conocimiento y voluntad (instrumento no doloso). En algunos de los supuestos de delincuencia empresarial, el que ejecuta materialmente

¹⁶¹ Sanz Gaité et al., *Tratado de Derecho Penal Económico*, 81.

el hecho podría actuar con un absoluto desconocimiento de lo que está realizando, situación que debería entonces resolverse, sin mayores problemas, acudiendo a esa definición clásica de autoría mediata. De hecho, la doctrina se muestra unánime al afirmar que en los supuestos en los que el instrumento actúa bajo error de tipo — uno de los supuestos, por otra parte, que podría ser frecuente en el ámbito de la criminalidad de empresa — o es inimputable debe apreciarse autoría mediata. Más dudas se plantean, sin embargo, cuando el instrumento actúa amparado por una causa de justificación. Los verdaderos problemas en este ámbito se presentan en aquellos supuestos en los que el subordinado ejecuta materialmente el delito a instancias del superior jerárquico siendo plenamente consciente de ello. Como solución, y pese a la definición clásica, una parte de la doctrina opta por acudir a la figura de la autoría mediata. La propuesta que, sin duda, más reconocimiento ha suscitado se debe a ROXIN, especialmente por la aplicación jurisprudencial que ha tenido en Alemania, no así en España.

Su teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue creada para imputar a título de autor a quienes, sin haber intervenido materialmente en la ejecución de crímenes contra la humanidad durante el período nacionalsocialista, diseñaron y decidieron el plan que se ejecutaría a través del aparato de poder de organización estatal. Dado que, se dice, la empresa también posee unas características de organización similares (esencialmente, la jerarquización y la división de trabajo), se ha pretendido trasladar la teoría de ROXIN al ámbito de la delincuencia empresarial. Considera ROXIN que junto a los supuestos clásicos de dominio de la voluntad que sirven para hablar de autoría mediata (básicamente, que el instrumento actúe bajo error o coaccionado) también puede haber dominio de la voluntad en las estructuras de poder organizado. Así, para ROXIN son autores mediatos los superiores jerárquicos que dan la orden y no intervienen directamente en la ejecución del hecho pues dominan su realización gracias al funcionamiento del aparato organizado de poder estatal, que desarrolla su actividad como una maquinaria perfecta. Igualmente, son autores mediatos los que transmiten la orden con poder de mando autónomo. No obstante, reconoce el

autor que en el seno de estas estructuras puede haber también cómplices. Así podría suceder cuando estemos ante una actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria (ej. el que interviene aconsejando o el que proporciona medios para asesinar).

Finalmente, los ejecutores de la orden son autores directos. Y aquí radica lo polémico de la construcción roxiniana pues no es sencillo explicar que un sujeto sea, a la vez, autor e instrumento de otro. Entiende ROXIN que para considerar al superior jerárquico autor mediato, pese a que el ejecutor responda como autor directo, deben darse tres elementos: el poder de mando, la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder y la fungibilidad del ejecutor materia. Posteriormente, ROXIN ha añadido un cuarto elemento a elevada disponibilidad al hecho por parte del ejecutor. Posteriormente, ha añadido un cuarto elemento referido a elevada disponibilidad al hecho por parte del ejecutor. La construcción de ROXIN se asienta sobre la base del peculiar funcionamiento de un aparato organizado de poder. Una organización dice, funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor. Los ejecutores son intercambiables y no pueden impedir que el hombre de atrás alcance el resultado. Cuando el superior jerárquico da la orden, puede confiar en que se va a cumplir, sin necesidad siquiera de conocer al ejecutor material.

Por tanto, es preciso el recurso al engaño o a medios coactivos pues sabe que, si uno de los subordinados no cumple la orden, otro le reemplazará inmediatamente, con lo que la ejecución del plan global no se verá afectada. El hombre de atrás controla el resultado típico, tiene dominio del hecho a través del aparato, y el ejecutor es un instrumento porque el estar dentro del aparato, actúa automáticamente, y porque al ser un subordinado, es intercambiable, fungible. Este dominio del hecho por "dominio de organización" sólo puede existir, según allí donde el aparato actúe al margen del ordenamiento jurídico, "puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no

pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás". Algunos autores han defendido la aplicación de esta teoría a los delitos cometidos en el seno de una empresa, aunque la mayoría de la doctrina encuentra reticencias o, directamente, no ve posible su aplicación. En primer lugar, se encuentran problemas relacionados con el elemento de la "fungibilidad del ejecutor".

En este sentido, se señala que, en el ámbito empresarial, los ejecutores finales requieren de cierta cualificación técnica, hecho que impide que sean fácilmente intercambiables, de modo tal que, si uno se niega a cumplir la orden, el delito no se cometería. Con todo, otro sector doctrinal entiende que el requisito de la fungibilidad sí se puede apreciar en algunas estructuras empresariales con fuerte disciplina interna que genere un funcionamiento casi automático o mecánico de sus miembros respecto de las órdenes de los superiores jerárquicos. Habrá que estar al caso concreto, y comprobar variables tales como el tamaño de la empresa, el número de trabajadores en niveles inferiores, la cualificación requerida a estos, etc. En segundo lugar, se añade que una empresa no posee una organización jerárquica tan rígida como la que poseen los aparatos organizados de poder, por lo que tampoco el elemento "poder de mando" de la teoría de ROXIN se cumpliría. A diferencia de los aparatos de poder organizado, las empresas (o buena parte de ellas), funcionan sometidas a reglas de conducta. El riesgo de no cumplir la orden en la empresa será, a lo sumo, el despido. En tercer lugar, se critica el elemento "desvinculación del ordenamiento jurídico" pues, salvo en contactas excepciones, la empresa actuará como organización "legal". Es cierto que ROXIN suaviza este requisito, indican.

4.5 Programas de cumplimiento normativo en el ámbito empresarial relacionados al Administrador Societario.

A partir los sistemas jurídicos que reconozcan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, principalmente de las Sociedades Mercantiles, e incluso de aquellas sociedades que reconozcan voluntariamente el *Compliance Penal*, a partir del adecuado los llamados *programa de compliance normativo o penal*, se introduce en el ámbito de la responsabilidad de los administradores societarios, un nuevo deber normativo y una fuente de diligencia para los administradores. El referido deber normativo tiene como fundamento, el objetivo de cristalizar en la persona jurídica y en la cultura empresarial, una realidad que desincentive o no favorezca la comisión de ilícitos penales en el seno de la misma.¹⁶² A través del programa de *compliance penal*, se pretende en definitiva consagrar medios eficaces e idóneos para impedir que se aproveche la estructura organizativa de una empresa con el fin de cometer ilícitos penales, favorecer su encubrimiento o dificultar la investigación de los mismos. El deber normativo consiste, por tanto, en la instauración de medidas eficaces que, mediante una adecuada organización, propicien que no se favorezcan ni incrementen los riesgos de que una persona física, aproveche la organización empresarial a la que pertenece para cometer determinados hechos delictivos, aprovechando o considerando que la estructura organizativa, favorecerá la comisión de los mismos o su impunidad. Se instaura por tanto la “diligencia de un ordenado empresario” y “los deberes impuestos por las leyes” a los que se hacen referencia, encontrando su desarrollo normativo también en los sistemas normativos que legalmente la reconozcan, a los efectos de valorar la diligencia del administrador societario en la implementación de los programas de *compliance penal*.

En efecto, el establecimiento de programas y procesos de cumplimiento penal, no son sino concreciones del deber de diligencia de administradores sociales, manifestado en el adecuado control y supervisión de la organización societaria en su conjunto, todo ello en la búsqueda de procesos, cuyo cumplimiento ejerza de

¹⁶² Manuel Ruiz de Lara, “Compliance penal y responsabilidad societaria de administradores.,” *La Ley Mercantil*, no. 66 (2020): 2.

“puerto seguro”, para los administradores sociales.¹⁶³ Donde su importancia reside en la vinculación de los programas de cumplimiento penal con el deber de diligencia del ordenado empresario propio del administrador social, cuya infracción, por no adoptarse aquéllos por ejemplo, podría dar lugar, en el caso de concurrir los elementos objetivos, subjetivos y procesales, a una acción social o individual de responsabilidad frente a los administradores sociales.

Pero en consecuencia de lo anterior, se tratará en el siguiente análisis una somera exposición de que es lo que debemos entender o considerar como “*Compliance penal*” como fuente de normativa de deberes y de debida diligencia del administrador societario, en relación a evitar el cometimiento de hechos delictivos dentro de la Sociedad mercantil, incluso de él mismo y los que integran el directorio societario.

La terminología originaria del mundo jurídico anglosajón, donde *compliance* no significa en esencia otra cosa que “*to comply with*”, es decir, “cumplir”. Un concepto exageradamente amplio, que en base a la casuística y al pragmatismo del espacio jurídico que le ha visto nacer se ha ido perfilando como cumplimiento normativo, y aún más precisamente como cumplimiento de las normas jurídicas y éticas por parte de las empresas.¹⁶⁴ Sobre esta base, se puede entender el *compliance Officer* como el conjunto de medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen.

Sobre su naturaleza, expresa la doctrina que son muchos los autores que coinciden en calificar al *compliance* como una manifestación de cultura: cultura de cumplimiento normativo, cultura de fidelidad al Derecho, cultura de integridad en los

¹⁶³ Luis Cazorla González-Serrano, “El deber de diligencia del administrador social y los programas de cumplimiento o ‘compliance’ penal,” *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 2016, 2.

¹⁶⁴ Ramirez Barbosa y Ferre Olive, *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*, 65.

negocios, cultura empresarial, cultura organizacional, etc. Difícilmente coinciden estos conceptos de cultura con los que contempla el Diccionario de la RAE, ya que no se trata de un "cultivo", ni de un "conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico". Tal vez pueda aproximarse a la tercera acepción, omnicompreensiva, que integra dentro de cultura a un "conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc." Por tanto, se puede considerar esta cultura como un conjunto de modos de vida y costumbres empresariales, que se materializan en una serie de criterios o pautas de conducta para un mejor cumplimiento de la ley y de las normas éticas dentro de la Sociedad Mercantil.

El *compliance*, no obstante, parte del reconocimiento de que la criminalidad de empresa se produce en un contexto tan variado como variados son los rubros en que esta se desarrolla. Esta circunstancia provoca la coexistencia de subsistemas normativos que pretenden la prevención de los diversos riesgos empresariales.¹⁶⁵ En este sentido, los *compliance programs* constituyen instrumentos orientados a lograr el objetivo del *compliance* empresarial, esto es, que los directivos y empleados de la empresa cumplan con la ley. Los *compliance programs* (o, en español, *programas de cumplimiento*) son cuerpos normativos empresariales a través de los cuales se implementan y regulan los sistemas internos de gestión de riesgos, incorporando procedimientos destinados a dicho fin, por lo que puede variar de acuerdo a cada sociedad mercantil donde se implemente.

Sin embargo, a lo anterior, el *compliance*, al ser uno de los tópicos preferentes en la actual discusión doctrinal en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del directorio societario que la integra, su atractivo se vincula no solo a su utilidad como criterio configurador de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica en aquellos países que han incluido ya fórmulas legislativas de responsabilidad penal de la persona jurídica sino a su capacidad para establecer

¹⁶⁵ Dino Carlos Caro Coria y Luis Miguel Reyna Alfaro, *Derecho Penal Económico, Parte General, Tomo I*, ed. Jurista Editores (Lima, 2016), 757.

los ámbitos de responsabilidad individual, sobre todo del administrador societario, donde el *criminal compliance* se ha construido fundamentalmente en torno a dos tipologías delictivas: El blanqueo de capitales y la corrupción. Los desarrollos que propondremos a continuación se realizarán a partir del fenómeno de la corrupción, pero de aplicación práctica a todas las conductas delictivas posibles a desarrollarse en el ámbito interno de las sociedades mercantiles.

4.6 Propuesta de “*Lege Ferenda*” de la aplicación de la figura del Administrador de Hecho en los delitos societarios y la corrupción en el ámbito privado.

El delito de Administración fraudulenta previsto en el art., 218 del C. Pn., dice: “*El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, aumentando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, será sancionado con prisión de tres a cinco años.*” Posee la particularidad en nuestro medio jurídico que no ha cambiado desde el C. Pn., Derogado de 1973, en ese sentido, posee desfases respecto de las actuales consideraciones sobre las formas de existencia de vida social contemporáneas. Considerando lo expuesto por el principio de legalidad penal, que requiere certeza de la regulación penal, previa, precisa e inequívoca, la inclusión al texto legal de la figura los administradores de hecho o de derecho permitiría tener un mayor grado de certeza sobre los sujetos activos a los que el tipo penal está dirigido y no en términos amplísimos que pueden, en muchos casos, estar sostenidos por la interpretación aislada e incluso arbitraria del aplicados del derecho. El legislador debería delimitar el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho para concretizar el análisis propiamente sobre un delito especial propio, con lo que el legislador penal, ante la imposibilidad de contener en la descripción típica el contenido de la ilicitud, requeriría que la realización del hecho sea efectuada por quien tenga un deber especial de actuación impuesta por la norma. Mismos términos son predicables de

la inclusión al tipo penal del elemento normativo “Sociedad o Asociación” “Formal o en Formación”, para la correcta aplicación del mismo a estos sectores de la vida social que, sin lugar a dudas, puede aplicárseles los verbos rectores reconocidos como conducta típica, pero que al no encontrarse en la descripción del tipo penal, encuentran una limitante sometida al arbitrio del interprete y aplicador del derecho, que puede reñir con el principio de legalidad penal.

Esta indeterminación o inexactitud legal trastoca la idea del principio de legalidad provocando que la conducta del Administrador de Hecho y de Derecho, provocando incluso que sea confusa e indefinida para los casos en concreto, pues sin autor o participe, pese de existir una conducta típica acaecida en la realidad, no hay tipicidad delictiva, pues, tal como dice BERENGUER¹⁶⁶, la Ley Penal, “... *al describir las conductas relevantes (típicas) para el Derecho penal, lo hacen necesariamente refiriéndose al sujeto activo de las mismas, pues no puede hablarse de conducta humana sin un sujeto que la realice...*” previamente reconocido por la legalidad penal, que se corresponda con la realidad fáctica.

Como se expresó en capítulos anteriores de este trabajo, el delito de Corrupción entre particulares o corrupción en los negocios, posee cualificaciones importantes para nuestra legislación. La existencia social de la corrupción en los negocios puede favorecer, en mayor o menor medida, la corrupción pública, creando un entorno o sentimiento en la ciudadanía que propicie la comisión de esta clase de comportamientos delictivos (tanto en el ámbito público como el privado). Y esto a la larga puede socavar la estabilidad, la legitimidad y valores del sistema democrático, la Justicia y del Estado de Derecho, tras haber contaminado el germen de la desconfianza en la sociedad. Existen fundadas razones de política criminal para valorar seriamente los perversos efectos que la corrupción en los negocios produce en la sociedad, ante lo cual, sobre la base de la finalidad preventiva general, su

¹⁶⁶ Enrique Orts Berenguer and José González Cussac, *Compendio de Derecho Penal*, ed. Tirant Lo Blach, 7° (Valencia, 2017), 301.

tipificación en nuestra legislación aportaría una posibilidad real más de la lucha contra la corrupción, que todo Estado debe perseguir.

Como se ha dicho anteriormente, el delito de corrupción privada o corrupción en los negocios afecta directamente el patrimonio del empresario afectado. Pues como afirma el autor RUBÉN HERRERO JIMENEZ¹⁶⁷, nos encontramos un primer criterio que afirma que se defiende el patrimonio del propio empresario donde tiene lugar el acto corrupto puesto que sobornar constituye siempre un delito de apropiación indebida. Pues el avance y sofisticación en las formas de contratar y realizar negocios nacionales e internacionales entre particulares ha inspirado y fomentado novedosas formas de controlar las transacciones comerciales, de fiscalizar y trazar cualquier fórmula de negociación, hasta el punto de incluso regular en el ámbito punitivo las relaciones mercantiles, dada su importancia para los intereses sociales, claramente se encuentra relacionados con las actividades que en El Salvador se han venido dando. Y la concurrencia en las negociaciones de regalos, dádivas, presentes y, en resumidas cuentas, ánimos o expectativas sometidas a consideración en las negociaciones ajenas al Objeto y Causa del contrato pactado formalmente, y, por tanto, pero ajenas al concreto producto o servicio negociado viene a verificar un ámbito interesado por el Estado.

¹⁶⁷ Alberto Biglieri María Jesús Fernández Gumucio , Lucía Dammert , Miguel Bustos Rubio , Roxana Paola Miranda Torres , Martín Casares , Silvia Patricia López González , Íñigo Segrelles de Arenaza , Pilar Gómez Pavón , Ángel M. Junquera Sepúlveda , Rubén Herrero Jiménez , Da, *Delitos Contra La Administración Pública y Corrupción*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2021), 203.

CONCLUSIONES.

Se ha arribado por medio de esta investigación, que en el derecho de sociedades en esta época contemporánea posee relación directa con el derecho penal de modo tal, que la existencia del derecho penal económico se ocupa de su estudio y regulación de forma particular, donde al tratarse de delitos cuyo ámbito principal es la empresa, la determinación de los sujetos responsables no resulta del todo fácil, ya que se plantean peculiaridades relacionadas con la delimitación del círculo de sujetos que tienen asignados en el organigrama empresarial las diversas funciones cuyo incumplimiento o ejecución excesiva que concluye en la comisión de un delito económico.

En este contexto, se ha establecido que uno de los sujetos activos más trascendentes para los llamados “delitos societarios” es el Administrador Societario, de hecho y de derecho, cuya participación criminal posee diversas aristas y manifestaciones, que debe analizarse desde las perspectivas objetivas y subjetivas para cada delito en concreto, donde la administración fraudulenta es su ejemplo mas representativo y que la corrupción entre particulares o de los negocios se encuentra en el ámbito de la atipicidad, pese a su concurrencia en la realidad cotidiana.

Se ha determinado que la figura del administrador societario posee importantes aristas que deben ser retomadas por el legislador penal salvadoreño, dado que tanto el administrador de derecho como el administrador de *facto* puede actuar de una forma que resulte perjudicable o bien para la sociedad y sus miembros o bien para terceros. Es por ello que es necesario poder imputar la responsabilidad del administrador de hecho en los mismos términos que la responsabilidad del administrador de derecho.

Tanta importancia posee estas figuras para el derecho penal económico que la responsabilidad del administrador de hecho no exime de su responsabilidad el

administrador de derecho y viceversa. Un administrador de hecho y un administrador de derecho de una misma empresa pueden ser declarados responsables conjuntamente por los mismos hechos.

La inclusión legal al tipo penal básico de Administración Fraudulenta de las figuras de “ADMINISTRADOR DE HECHO Y DE DERECHO”, así como de “SOCIEDAD FORMAL O EN FORMACIÓN”, posibilitaría certeza jurídica de aplicación a los casos concretos por parte de la jurisprudencia, que devendría en seguridad jurídica para el ciudadano.

Se ha logrado explicar de forma clara, las manifestaciones doctrinales de responsabilidad penal aplicables al administrador societario, cuya importancia radica en la posibilidad de aplicación al caso concreto, por las diferentes y tan diversas manifestaciones que esta puede obtener en la realidad social, donde un solo modelo que atribución estandarizado es poco probable, llegándose a la necesidad del análisis de tipicidad concreto para cada caso, que se ve imposibilitado por la poca claridad legislativa respecto de esta figura en el ámbito penal, dejando la labor de tipicidad concreta al interprete.

Se concluye que la inexistencia legislativa concreta en los tipos penales en estudio del ámbito de aplicación sobre las “SOCIEDADES EN FORMACIÓN” reduce las posibilidades de tipicidad de las conductas acaecidas en la realidad bajo los supuestos en las que éstas se encuentren, dejando esta labor únicamente al interprete y aplicador de la norma, por lo que, podría en ciertos momentos llegar a reñir con las exigencias jurídicas del principio de legalidad en materia penal.

Se establece, por el análisis efectuado, que las actuaciones de un administrador legalmente designado o “de derecho” fuera de sus facultades legales o contractuales resultarían en una consecuencia presuntiva de la actuación realizada, pero esta situación no constituye un supuesto de administrador de hecho, sino de incumplimiento a sus deberes de diligencia y lealtad. Por su parte, es posible realizar

la delegación interna de funciones legales o estatutarias del poder ejecutivo siempre que se respete su ámbito de competencia, y las decisiones delegadas al órgano de gobierno son obligatorias para los administradores, lo que deviene en responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las sociedades. En cuanto al administrador “de facto”, la mayoría de sus casos se refieren al ámbito externo de actuación del administrador y las consecuencias para con los terceros de buena fe, basándose principalmente en la apariencia del negocio jurídico.

RECOMENDACIONES.

A la honorable Asamblea Legislativa de El Salvador: dar inicio al proceso de formación de ley hasta su finalización con la reforma legal del art., 218 del C. Pn.,, respecto de la inclusión legal de la diferenciación del Administrador de Hecho y de Derecho, en relación de las Sociedades Formales y en Formación, para de este modo cumplir con las exigencias que impone el principio de legalidad en metería penal, en cuando a que la ley sea cierta, previa, precisa e inequívoca respecto a la regulación del delito de administración fraudulenta, dado que, si bien es cierto vía jurisprudencial esta inclusión es posible, puede dar lugar a incertidumbres jurídicas luego del cambio de configuración subjetiva de los órganos jurisdiccionales en cada periodo y momento en concreto.

A la Universidad de El Salvador, especialmente a la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, para que pueda incorporarse en su plan curricular de estudios la materia referida especialmente sobre los delitos societarios y del ámbito jurídico empresarial, que se encuentre a la vanguardia de la doctrina contemporánea del derecho penal económico empresarial, con especial atención al derecho Anglosajón y Europeo/Español, dado su desarrollo moderno.

A la Corte Suprema de Justicia, para que promueva la preparación técnica dogmática relacionada a los delitos societarios y del ámbito empresarial, especialmente en lo relativo a la responsabilidad penal del administrador de hecho y de derecho en las sociedades formales y en formación en los delitos societarios en El Salvador, dado que el aplicador del derecho posee una importancia capital para la correcta realización del derecho sustantivo en el caso en concreto acorte de la doctrina moderna sobre el tema.

A la Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, para que preparen técnicamente a sus diferentes jefaturas, auxiliares y colaboradores, sobre los delitos

societarios y del ámbito jurídico empresarial, especialmente en lo relativo a la responsabilidad penal del administrador de hecho y de derecho en las sociedades formales y en formación en los delitos societarios en El Salvador, dada su importancia dogmática dentro de los delitos societarios.

INDICE BIBLIOGRAFICO UTILIZADO.

- Alonso Espinosa, Franciso José. *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Tomo I.* Edited by Marcial Pons. Madrid, 2007.
- Arroyo Zapatero, Luis. *Estudios de Derecho Penal Economico.* Vol. 18. Madrid: Univ de Castilla La Mancha, 1994.
- Bajo Fernandez, Miguel, Silvia Bacigalupo, and Carlos Gómez-Jara Díez. *Gobierno Corporativo y Derecho Penal.* Edited by Editorial Universitaria Ramon Areces. Madrid, 2008.
- Balbín, Sebastián. *Manual de Derecho Societario. Ley General de Sociedades.* Edited by Abelado Perrot. 2°. Vol. 2016. Buenos Aires, 2016.
- Berenger Pascual, Sergio. *El Delito de Corrupción En Los Negocios.* Edited by Imprenta Nacional De La Agencia Estatal. Madrid, 2020.
- Berenguer, Enrique Orts, and José González Cussac. *Compendio de Derecho Penal.* Edited by Tirant Lo Blach. 7°. Valencia, 2017.
- Blasco Gascó, Francisco de Paula. *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de Las Obligaciones.* Edited by Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017.
- Cáceres, Alfredo Enrione, Eduardo Antunovic Muñoz, Jorge Awad Mehech, Beatriz Boza Dibos, Vivian Clarke Levi, Germán Concha Zavala, Domingo Cruzat Amunátegui, et al. *Directorio y Gobierno Corporativo. El Desafío de Agregar Valor En Forma Sostenida.* Edited by Editorial ESE Business School. 2°. Chile, 2014.
- Caro Coria, Dino Carlos, and Luis Miguel Reyna Alfaro. *Derecho Penal Economico, Parte General, Tomo I.* Edited by Jurista Editores. Lima, 2016.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo, and Juanita María Ospina Perdomo. *Derecho Penal Societario.* Bogota: Universidad del Rosario, 2018. doi:10.12804/tj9789587840414.
- Castro Moreno, Abraham. "El Concepto Penal de Sociedad En Los Delitos

- Societarios: El Artículo 297 Del Nuevo Código Penal,” 1998, 46–58.
- Díaz Bravo, Arturo. *Derecho Mercantil*. Edited by IURE Editores. Mexico D.F, 2014.
- Díez Ripollés, José Luis. *La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas. Regulación Española*. *InDret*, 2012.
- Faraldo Cabana, Patricia. *Delitos Societarios*. Edited by Tirant Lo Blanch. 2°. Valencia, 2015.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. “Imputación Objetiva En El Derecho Penal Económico y Empresarial.” *InDret*, 2009.
- Fernández, Alejandro Turienzo. “Acuerdos Alcanzados En El Seno de Un Órgano Colegiado y Responsabilidad Penal Individual.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 23 (2021): 10.
- Fernando Díez Estella, Juan Manuel Herreros López, Eugenio Lanzadera Arencibia, Ricardo Plaza Martínez, María Goñi Rodríguez de Almeida, Andrés Sánchez Pedroche, Esther López Barrero, Aránzazu de las Heras García, Esther Monterroso Casado, Djamil Tony Kah, Claudio García Díez. *Responsabilidad Empresarial*. Edited by Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015.
- Ferré Olivé, Juan Carlos. “Sujetos Responsables En Los Delitos Societarios,” 1998.
- Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y Límites de La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas Tras La Reforma de La LO 1/2015*. Edited by Tirant lo Blanch. *Fundamentos y Límites de La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas Tras La Reforma de La LO 1/2015*. Valencia, 2017.
- Gallego Sánchez, Esperanza, and Nuria Fernandez Perez. *Derecho Mercantil Primera Parte*. Edited by Tirant lo Blanch. *Tirant Lo Blanch*. 6°. Valencia, 2022.
- Gandara, Luis Fernandez De La. *Derecho de Sociedades, Volumen 1*. Edited by Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.
- Garcia Cavero, Percy. *La Responsabilidad Penal Del Administrador de Hecho de La Empresa: Criterios de Imputación*. Edited by José Maria Bosh. Barcelona, 1999.

- . “Otra Vez Sobre La Responsabilidad Penal Del Administrador de Hecho: Una Cuestión General y Otra Particular.” *Revista Para El Analisis Del Derecho*, 2006, 12. <https://core.ac.uk/download/pdf/39072605.pdf>.
- García Cavero, Percy. “Aproximación Al Estudio Del Delito de Administración Fraudulenta.” *InDret*, November 3, 2020. doi:10.31009/InDret.2020.i4.04.
- . *Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II*. Lima: Grijley, 2007.
- García Cruces, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*. Edited by Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016.
- García Marrero, Javier, Enrique Ortega Burgos, Manuel García Villarrubia, and María Enciso Alonso Muñumer. *Tratado de Los Conflictos Societarios*. Edited by Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.
- Gil Nobajas, María Soledad. “Delimitación Conceptual y Atribución de Responsabilidad Penal Al Administrador de Derecho: Una Revisión de La Doctrina Desde La Jurisprudencia.” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 10 (2013): 115–54.
- Gómez Bermeo, Héctor Jorge. “El Levantamiento Del Velo Societario y Los Presupuestos Para Su Aplicación.” *REVISTA DE ASESORIA ESPECIALIZADA*, 2014.
- González-Serrano, Luis Cazorla. “El Deber de Diligencia Del Administrador Social y Los Programas de Cumplimiento o ‘Compliance’ Penal.” *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 2016, 10–12.
- Gracia Martin, Luis. “Crítica de Las Modernas Construcciones de Una Mal Llamada Responsabilidad Penal de La Persona Jurídica.” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18–05 (2016): 95. criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf%0A.
- Guerrero Valenzuela, Roberto, and Matías Zegers Ruiz-Tagle. *Manual Sobre Derecho de Sociedades*. Edited by Universidad Catolica de Chile. Chile: Ediciones UC, 2014.

- Jiménez Sánchez, Guillermo, and Alberto Diaz Moreno. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Edited by Tecnos Madrid. 21°. Madrid: Biblioteca Hernán Malo González, 2018.
- La Cuesta Arzamendi, José Luis De. “Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas En El Derecho Español.” *Revista Penal México*, no. 5 (2013): 9–33.
- La Mata Barranco, Norberto De, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascurain Sánchez, and Adan Nieto Martín. *Derecho Penal Economico y de La Empresa*. Edited by Dykinson. Madrid, 2018.
- León Tovar, Soyla H. *Gobierno Corporativo de Las Sociedades Anónimas*. Edited by Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020.
- . *Pactos de Los Socios de La Sociedad Anonima*. Edited by Tirant Lo Blanch. 2°. Mexico D.F, 2017.
- Lucá, Ángeles Parra. *Responsabilidad Civil de Administradores de Sociedades*. Edited by Editorial Aranzadi. Madrid, 2014.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, and Raquel Roso Cañadillas. “La Administración Desleal Societaria En El Derecho Penal Español.” *InDret*, 2010, 37.
- Manzano, Francisco. *Responsabilidad Penal de Los Administradores En Los Delitos Societarios, Tomo I*. Edited by Publiguías. Santo Domingo, 2013.
- María Jesús Fernández Gumucio , Lucía Dammert , Miguel Bustos Rubio , Roxana Paola Miranda Torres , Martín Casares , Silvia Patricia López González , Íñigo Segrelles de Arenaza , Pilar Gómez Pavón , Ángel M. Junquera Sepúlveda , Rubén Herrero Jiménez , Da, Alberto Biglieri. *Delitos Contra La Administración Pública y Corrupción*. Edited by Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.
- Martinez-Bujan Pérez, Carlos. *Derecho Penal Económico y de La Empresa. Parte General*. Edited by Tirant Lo Blanch. 6°. Valencia, 2022.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho Penal Económico y de La Empresa, Parte Especial*. Edited by Tirant Lo Blanch. 5°. Valencia, 2015.

- . *Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte General*. Edited by Tirant Lo Blanch. 5°. Valencia, 2016.
- Moreno Chamarro, Ismael. *Delitos Societarios: Las Diferentes Figuras Delictivas y Su Aplicación En Los Tribunales*. Edited by Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2018.
- Moya Jiménez, Antonio. *Los Administradores Sociales y Los Delitos Societarios*. Edited by AFERRE EDITOR S.L. Barcelona, 2019.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Edited by Tirant Lo Blanch. 20°. Valencia, 2015.
- Nissen, Ricardo Augusto. *Curso de Derecho Societario*. Edited by Ad-Hoc. 2°. Buenos Aires, 2006.
- Pérez Fuentes, Gisela María. *Temas Actuales de Responsabilidad Civil*. Edited by Tirant Lo Blanch. Mexico, 2018.
- Portalanza, Alexandra. “Gobierno Corporativo Una Aproximación Teórica.” *Saber, Ciencia y Libertad* 8, no. 1 (2013): 117–24.
- Queralt Jiménez, Joan, and Dulce M. Santana Vega. *Corrupción Pública y Privada En El Estado de Derecho*. Edited by Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017.
- Quintero Olivares, Gonzalo. “Delitos Societarios = Corporate Crimes.” *EUNOMÍA. Revista En Cultura de La Legalidad* 12 (March 31, 2017). doi:10.20318/eunomia.2017.3655.
- Ramirez Barbosa, Paula Andrea, and Juan Carlos Ferre Olive. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Edited by Tirant Lo Blanch. Bogota, 2019.
- Ríos Corbacho, José Manuel. *El Administrador de Hecho En Los Delitos Societarios*. Cadiz: Servicio Publicaciones Universidad de Cadiz, 2005.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. “Consideraciones Generales Sobre Los Delitos Societarios.” In *Anales de La Academia Matritense Del Notariado*, 189–214.

- Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 2006.
- Rojo, Ángel, Ana Belén Campuzano Laguillo, and Emilio Beltrán Sánchez. *La Responsabilidad de Los Administradores de Las Sociedades Mercantiles*. Edited by Tirant Lo Blanch. 6°. Valencia, 2016.
- Ruiz de Lara, Manuel. "COMPLIANCE PENAL Y RESPONSABILIDAD SOCIETARIA DE ADMINISTRADORES." *La Ley Mercantil*, no. 66 (2020): 3.
- Sánchez-Moreno, José Ugaz, and Francisco Ugaz Heudebert. *Delitos Económicos, Contra La Administración Pública y Criminalidad Organizada*. Edited by Fondo Editorial PUCP. Vol. 18. Peru: Fondo Editorial de la PUCP, 2017.
- Sanromán Aranda, Roberto, and Angélica Cruz Gregg. *Derecho Corporativo y La Empresa*. Edited by Cengage Learning. Mexico D.F, 2019.
- Sanz Gaité, María Antonia, Javier Alberto Zaragoza Aguado, José Luis González Cussac, Demelsa Benito Sánchez, José María Paredes Castañón, Eduardo Fabián Caparrós, José Ramón Navarro Miranda, et al. *Tratado de Derecho Penal Económico*. Edited by Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019.
- Sutherland, Edwin H. *El Delito de Cuello Blanco*. Edited by La Piqueta. Madrid: Ediciones Endymion, 1999.
- Tovar, Soyla Leon, and Hugo Gonzalez Garcia. *Sociedades Mercantiles e Introducción Al Derecho Mercantil*. Edited by University Press Oxford. 2°. Mexico D.F: Oxford University Press, 2019.
- Vicent Chuliá, Francisco. *Introducción Al Derecho Mercantil*. Edited by Editorial Tirant Lo Blanch. 24|. Valencia, 2022.

INDICE DE JURISPRUDENCIA UTILIZADA.

Sala II de lo Penal, Tribunal Supremo, *Sentencia definitiva, referencia 562/2017*, España, Tribunal Supremo, 2017.

Sala de lo Civil, Casación, referencia 1306-2000, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad, referencia 63-2007AC*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional, Amparo, referencia 666-2016AC, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019.

Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 22C2020*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2021.

Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 77C2014*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 363C2017*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 171-CAS-2011*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Penal, *Sentencia definitiva, referencia 522C2019*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2020.

Sala de lo Penal, *sentencia definitiva, referencia 313C2018*, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018.