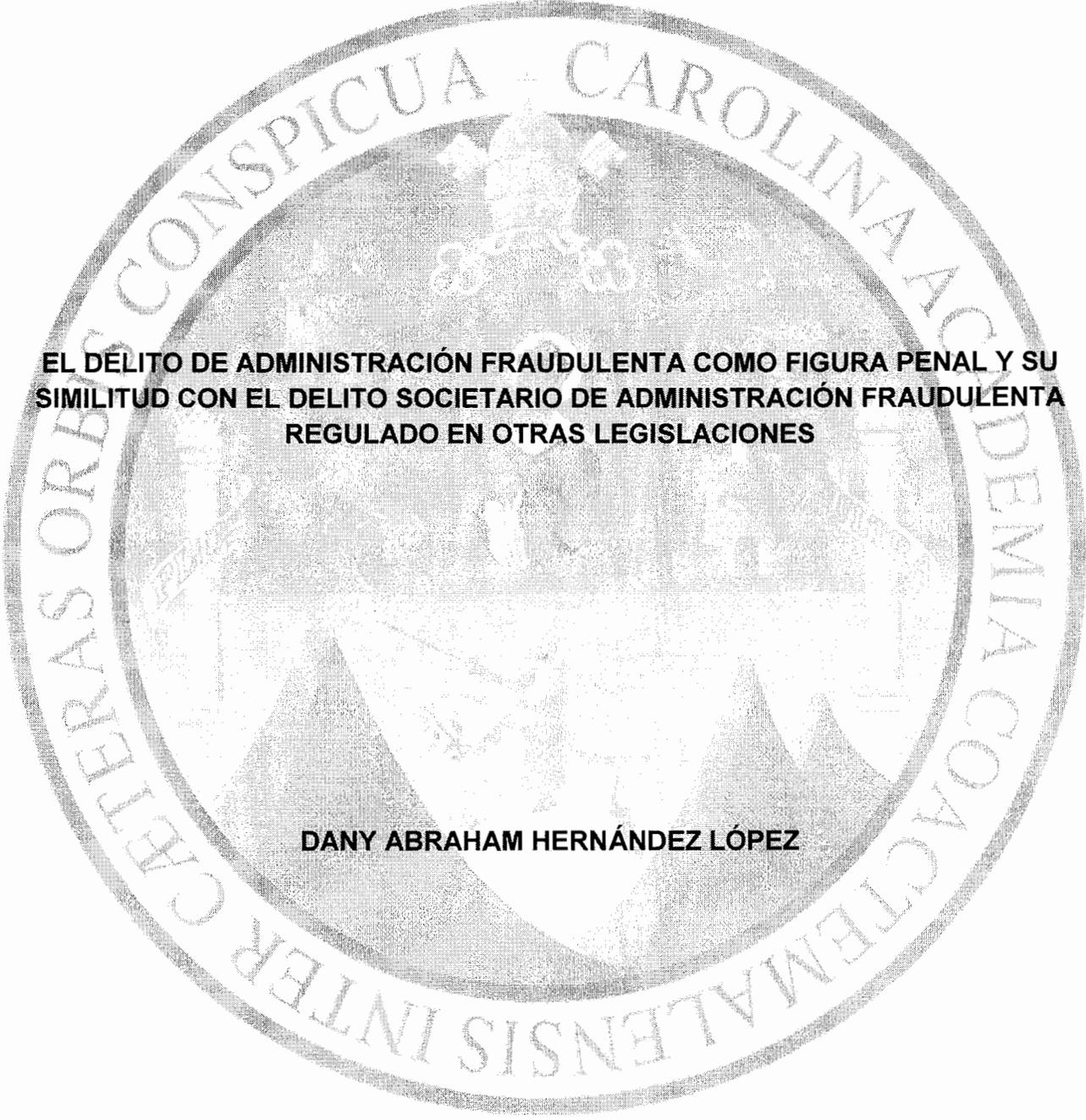


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a cross, surrounded by a decorative border. The Latin motto "CETERAS ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO COMO FIGURA PENAL Y SU
SIMILITUD CON EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO
REGULADO EN OTRAS LEGISLACIONES**

DANY ABRAHAM HERNÁNDEZ LÓPEZ

GUATEMALA, AGOSTO 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA COMO FIGURA PENAL Y SU
SIMILITUD CON EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA
REGULADO EN OTRAS LEGISLACIONES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de ciencia Jurídicas y sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DANY ABRAHAM HERNÁNDEZ LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Ermencia Elizabeth Alvarado Motta
Vocal: Lic. Carlos Ernesto Garrido Colon
Secretaria: Licda. Olga Aracely López Hernández

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Mirsa Eugenia Irrungaray López
Vocal: Lic. Moisés Raúl de León Catalán
Secretario: Carlos Manuel Castro Morroy

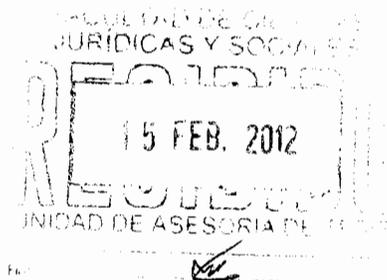
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
7^a. Av. 8-56 Zona 1
Edificio el Centro, Of. 11-11
Teléfono: 4318-2234

Guatemala, 15 de febrero de 2012

M.A Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Tesis



Respetuosamente:

Atendiendo al nombramiento recaído en mi persona, como asesor de tesis del trabajo elaborado por el Bachiller Dany Abraham Hernández López, titulado “El delito de administración fraudulenta como figura penal y su similitud con el delito societario de administración fraudulenta regulado en otras legislaciones”, y habiendo cumplido con asesorar dicho trabajo encomendado, expongo lo siguiente:

- a) **En relación al contenido científico y técnico de la presente tesis:** El trabajo aquí referido se desarrolló en las áreas del derecho Penal, Mercantil y Civil, específicamente en relación al análisis del Delito de Administración Fraudulenta como figura penal, haciendo la comparación y encontrando sus similitudes con el delito Societario de Administración Fraudulenta, que regulan otras legislaciones, como la Alemana, Francesa e Italiana. En eses sentido se concluye que los organismos de estado Legislativo y Ejecutivo no se han interesado en la creación de un delito que reprima las acciones fraudulentas de administración desleal que lesionan intereses económicos tanto de personas sociales como de personas individuales, así como lo regulan los ordenamientos jurídicos antes indicados.
- b) **Que metodología y técnicas de investigación fueron utilizadas:** Se realizaron análisis y síntesis del material bibliográfico consultado, ya que en trabajos como este es lo más recomendable, debido a las consultas de derecho comparado realizadas en el presente caso.
- c) **Opinión sobre la redacción:** La presente tesis fue redactada en un lenguaje sencillo y de fácil comprensión, sin descuidar lo técnico y jurídico que debe ser observado en un trabajo de esta categoría. No se incurre en términos extravagantes y exagerados que puedan conducir a la incomprensión de la idea que se pretende



plantear, pues es la intención de que su contenido sea comprensible para todos los sectores sociales.

d) Contribución científica del tema presentado: En relación a este aspecto puedo decir que se cumple a cabalidad, debido a que a través del mismo, se evidencia la necesidad de regular mediante normas jurídicas, el delito de Administración fraudulenta que cometen las personas al efectuar la administración de bienes ajenos tanto de personas individuales como de jurídicas, teniendo en cuenta que este tema es importantísimo y necesario. De igual manera, contribuye a enriquecer la tan escasa bibliografía de autores guatemaltecos en relación al tema de delitos de administración fraudulenta y los delitos societarios de administración fraudulenta abordados por autores internacionales.

e) Opinión acerca de las conclusiones y recomendaciones a las que se han llegado en el trabajo: En cuanto a las conclusiones que se arribaron, confirman las ideas planteadas al inicio de la investigación, y en lo que a las recomendaciones concierne, se hacen las más manifiestas y realizables; tomando en cuenta la concordancia existente entre conclusiones y recomendaciones.

f) Opinión respecto a la bibliografía utilizada: Puedo opinar que la bibliografía utilizada es la más acorde, pertinente y adecuada para realizar el análisis jurídico del delito de Administración Fraudulenta como figura Penal y su similitud con el delito societario de administración fraudulenta regulado en otras legislaciones, en la que se destaca dentro de todo el trabajo de tesis las referencias de autores nacionales e internacionales.

En virtud de lo expuesto y en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Pública, emito **dictamen favorable**.

Atentamente,

Lic. William Walter Monroy Lucero
Abogado y Notario
Colegiado 8133

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 01 de junio de 2012.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **CARLOS ANTULIO SALAZAR URÍZAR** para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DANY ABRAHAM HERNÁNDEZ LÓPEZ** , CARNÉ NO. **200515805**, intitulado "EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO COMO FIGURA PENAL Y SU SIMILITUD CON EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO REGULADO EN OTRAS LEGISLACIONES"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".

DR. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



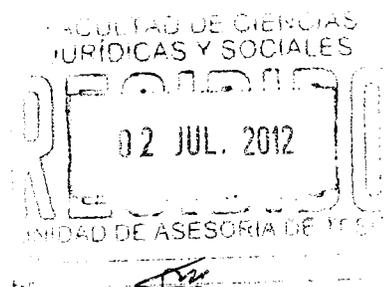
cc. Unidad de Tesis
CEHR/iycr



LIC. CARLOS ANTULIO SALAZAR URÍZAR
8ª. Av. 20-22 zona 1, Oficina 4, 1er. nivel
Edificio Castañeda Molina
Teléfono: 57096727

Guatemala, 2 de julio de 2012

Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la unidad a su cargo, he cumplido con la función de revisor de tesis del Bachiller Dany Abraham Hernández López, cuyo trabajo se titula "El delito de administración fraudulenta como figura penal y su similitud con el delito societario de administración fraudulenta regulado en otras legislaciones", por lo que me permito hacer las consideraciones siguientes:

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, las que consideré oportunas y habiéndose realizado las modificaciones sugeridas al ponente, considero que el contenido del presente trabajo de tesis, contiene conocimientos en gran manera científica y técnica, ajustándose a la normativa respectiva para los trabajos de investigación.

Durante la investigación así como en el progreso del trabajo de tesis, el ponente puso en evidencia su capacidad de investigación, para relacionar los temas y subtemas del trabajo planteado y llegar a la conclusión siguiente: que al no existir un delito de administración fraudulenta en nuestro ordenamiento jurídico, algunas conductas dolosas cometidas por los administradores de bienes sociales como de bienes individuales, socios o liquidadores en el ejercicio de su funciones, quedan impunes, debido a se aplican los delitos de estafa y apropiación indebida, con los que se pretenden reprimir las mismas, resultando infructuoso dicho encuadramiento. Además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental-bibliográfica, así como consultas de derecho comparado.



La redacción del presente trabajo de tesis es bastante clara y adecuada, con un léxico jurídico correcto y práctico en vista de que en su totalidad el ponente utiliza palabras de uso común para la fácil comprensión y entendimiento del lector.

De igual manera, el presente estudio jurídico y doctrinario servirá como fuente informativa y de referencia para profesionales, estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales y público en general.

Las conclusiones y recomendaciones del estudiante, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr los objetivos que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada.

En relación a la bibliografía utilizada, considero que es un material bien seleccionado, en vista de que se ajusta muy bien a los temas investigados en este trabajo de investigación.

Por lo anterior, estimo conveniente que habiendo cumplido con los requisitos señalados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo asesorado, razón por la cual doy mi **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE**, debiéndose en consecuencia emitir la orden de impresión correspondiente.

Sin otro particular me suscribo muy atentamente,


Lic. CARLOS ANTULIO SALAZAR URIZAR
Abogado y Notario
Colegiado 6.279

LC CARLOS ANTULIO SALAZAR URIZAR
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DANY ABRAHAM HERNÁNDEZ LÓPEZ, titulado EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO COMO FIGURA PENAL Y SU SIMILITUD CON EL DELITO SOCIETARIO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO REGULADO EN OTRAS LEGISLACIONES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/lyf.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

A circular stamp from the Faculty of Law and Social Sciences of the University of San Carlos of Guatemala. The text around the perimeter reads 'FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES' and 'UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA'. In the center, the word 'DECANATO' is printed. The stamp is partially overlaid by a signature.

Rosario
A circular stamp from the Faculty of Law and Social Sciences of the University of San Carlos of Guatemala. The text around the perimeter reads 'FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES' and 'UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA'. In the center, the word 'SECRETARIA' is printed. A signature is written over the stamp.



DEDICATORIA

Acto que dedico a:

A DIOS:

Todo Poderoso y ser supremo por haber abierto las puertas de la bendición y la sabiduría en mi vida para alcanzar este éxito que hoy comparto gustosamente con todos.

A MIS PADRES:

Herlinda López e Isidro Hernández Esquivel, como un homenaje por sus sabias enseñanzas, ejemplo de honradez, emprendimiento, lucha, valentía y trabajo. En especial a usted señora madre, por creer en todo momento en mí; empeñándose a brindarme la instrucción y formación académica; por lo que este logro es todo suyo y lo comparto con usted con mucha felicidad.

Reconozco con agradecimiento especial y sincero, a un gran amigo a quien respeto como un padre, que en los momentos más importantes de mi vida, me instruyó con su ejemplo de superación, lucha incansable y deber de vida, Romeo Amílcar Corado Morán, muchas gracias por todas las oportunidades brindadas, mismas que hoy se han concretado con otro éxito en mi vida.

A MIS HERMANOS:

Roberto Carlos, Ronald Geovanni y César Iván Hernández López; por su amistad, colaboración, apoyo incondicional y sincero.

A MI ABUELA:

Herminia López Sarceño (+), Que Dios la tenga en su Santa Gloria, a quién agradezco su instrucción durante mi infancia.



A MIS TIOS: Obel, Sonia, Griselda, Evildo Sarceño, gracias por ser también personas de bendición en mi vida.

A MI ESPOSA: Eneida Elizabeth Cortez, por alentarme y apoyarme incondicionalmente en todo momento, gracias por confiar y creer en mí, comparto este momento.

A MIS HIJOS: Johamy Nicole, Daniel Alejandro y Angie Jariza, por ser ustedes los que impulsan, activan y motivan, mis sueños y esfuerzos de superación.

A MIS SOBRINOS: Yeimy Aracely, Jeferson Alejandro y Jazmín, sea este triunfo, un ejemplo a seguir; tomando en cuenta que con la ayuda de Dios y esfuerzo, todo es posible.

A TODA MI FAMILIA: En especial a Doris, Beatriz, Francisco y Brenda, agradecimientos sinceros, a quienes respeto y tengo mucho cariño.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS: A cada uno por nombre, que en todo momento, estuvieron apoyándome y alentándome en mi proceso de formación, muchas gracias por su amistad y apoyo; comparto con ustedes este logro, con cariño.

A: **LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Y FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**; Por albergar y hacer realidad muchos sueños trazados, así como por abrir sus puertas a la formación académica superior de los guatemaltecos, ofreciendo oportunidades de superación y realización personal.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. De las formas de administrar los bienes en el derecho civil guatemalteco.....	1
1.1 Los administradores según el derecho civil.....	1
1.2 Administradores legales.....	4
1.3 Administradores judiciales.....	5
1.4 Rendición de cuentas	6
1.5 Procedimiento de rendición de cuentas en la legislación guatemalteca.....	6
1.6 De los daños y perjuicios.....	8

CAPÍTULO II

2. Administradores de bienes en el derecho mercantil guatemalteco.....	11
2.1 De los administradores sociales.....	11
2.2 Formas de administración.....	12
2.3 Facultades de los administradores.....	17
2.4 Responsabilidad de los administradores.....	22
2.5 De la rendición de cuentas.....	24
2.6 De la administración desleal.....	25
2.7 Que es la administración desleal.....	27
2.8 Actos contrarios a la administración leal.....	29



Pág.

CAPÍTULO III

3. De los delitos patrimoniales y de las acciones antijurídicas.....	35
3.1 De los delitos patrimoniales.....	35
3.2 Concepto.....	35
3.3 Bien jurídico tutelado.....	36
3.4 Delito de estafa.....	36
3.5 Delitos regulados en el derecho penal económico	40
3.6 El delito de administración desleal según el derecho económico.....	46
3.7 Distinción entre la acción de administración societaria fraudulenta y la acción de estafa.....	48

TÍTULO IV

4. De la administración societaria fraudulenta regulada en otras legislaciones.....	53
4.1 Administración societaria fraudulenta.....	53
4.2 Clases de delitos que engloba la administración societaria fraudulenta.....	60
4.3 Doctrinas que pueden aplicarse al derecho penal societario.....	60
4.4 Regulación del delito de administración desleal en el derecho comparado.....	63

CAPÍTULO V

5. Necesidad de la intervención penal en el ámbito del derecho privado, para regular la administración de bienes.....	91
---	----



Pág.

5.1 Necesidad de regular como delito la administración societaria fraudulenta en el ordenamiento legal guatemalteco.....	93
5.2 Garantías y protección que otorga la inclusión de nuevos delitos que surjan en la administración social como individual.....	97
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105



INTRODUCCIÓN

La inexistencia en el ordenamiento legal guatemalteco de un delito de administración fraudulenta a diferencia de otros países y las dificultades encontradas por la jurisprudencia del derecho interno para aplicar a estas conductas desleales los delitos patrimoniales de estafa y apropiación indebida, previo a iniciar un proceso civil de rendición de cuentas.

Es por ello que el estudio del delito administración fraudulenta como figura penal y su similitud con el delito societario de administración fraudulenta regulado en otras legislaciones, constituye el objeto del presente proyecto, en el que se analiza la forma de administrar los bienes tanto en el derecho civil como en el derecho mercantil guatemalteco y los posibles delitos en los que incurre un administrador como administración fraudulenta.

Por lo anterior, se planteó como hipótesis, la cual fue debidamente comprobada, que al no existir un delito que pueda penalizar todas aquellas acciones realizadas por los administradores de bienes en contra del interés del administrado; el ordenamiento jurídico vigente, establece como primer procedimiento la rendición de cuentas, toda vez que previo a deducir las posibles responsabilidades penales al administrador de bienes, se debe llevar a cabo dicho proceso, resultando tardía la aplicación de justicia y en la mayoría de casos onerosa, circunstancias que despiertan el desinterés de los agraviados de tales acciones.

Porque si bien es cierto existen los delitos patrimoniales de estafa y de apropiación indebida, lo es también, que en su mayoría, estos no pueden ser encuadrados en las conductas desleales de los administradores para los cuales han sido nombrados.

Este planteamiento determinó establecer como objetivos generales y específicos cuál es la forma de administrar bienes en el derecho civil y mercantil guatemalteco, los delitos regulados en el derecho penal económico y la administración societaria fraudulenta regulada en otras legislaciones.



Finalmente la tesis se redactó en cinco capítulos, el primero, relacionado con las formas de administrar bienes en el derecho civil guatemalteco; en el segundo, los administradores de bienes en el derecho mercantil guatemalteco, determinándose la forma de administra, facultades y responsabilidades de los mismos; el tercero, versa sobre los delitos patrimoniales y de las acciones antijurídicas, los delitos regulados en el derecho penal económico y la distinción entre la acción de administración societaria fraudulenta y la acción de estafa; por último en el capítulo cinco, se desarrolló la necesidad de la intervención penal en el ámbito del derecho privado, para regular la administración de bienes, y regular como delito la administración societaria fraudulenta en el ordenamiento legal guatemalteco.

Para obtener la información se utilizó la investigación bibliográfica y documental, la que posteriormente a través del método deductivo, analítico y sintético, fue posible establecer los delitos que regula la administración fraudulenta contempla en otras legislaciones.

Luego de haber realizado la presente investigación se considera fundamental que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, sea reformado el Código Penal guatemalteco, para que al igual que otros países sea analizada la posibilidad de incluir el delito de administración fraudulenta.



CAPÍTULO I

1. De las formas de administrar los bienes en el derecho civil guatemalteco

En el derecho civil guatemalteco se regula las formas en que se puede dar la administración de bienes de personas naturales o individuales, pero para poder llegar a profundizar sobre este tema es necesario profundizar sobre los temas siguientes.

1.1. Los administradores según el derecho civil

De lo regulado en el Código Civil guatemalteco, se puede concluir que los administradores son aquellas personas a quienes les encomiendan una gestión o administración por disposición de la ley o a consecuencia de un acuerdo literalmente estipulado. Entre las figuras de administración de bienes en el referido código, encontramos las siguientes:

- a) El administrador de los bienes del ausente, en este caso, se puede dar cuando éste haya instituido a un tercero como su representante con las atribuciones y facultades que le otorgue el mismo causante, pero a falta de disposición del mismo, la ley le confiere la autoridad para administrarlos según lo regula el Artículo 50 del Código Civil, "El representante del ausente es administrador de los bienes de este y tiene las mismas obligaciones, facultades y prohibiciones del tutor, en lo que fuere aplicable". De igual manera, los familiares del ausente pueden solicitar y ejercer la administración de los bienes que puedan

corresponder al ausente, según lo establece el Artículo 55 del cuerpo legal indicado, “La administración de bienes podrán ser solicitada por el cónyuge e hijos del ausente y a falta de ellos, por los parientes consanguíneos en el orden de sucesión que establece la ley”.

- b) En el matrimonio, cuando los cónyuges adoptan como régimen económico del mismo, el de comunidad absoluta de bienes o de comunidad de gananciales, según lo regulado en el Artículo 131 del Código Civil, “bajo el régimen de comunidad de gananciales, ambos cónyuges administrarán el patrimonio conyugal, ya sea en forma conjunta o separadamente”.
- c) Según el Artículo 264 del Código Civil, “Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa autorización del juez competente e intervención del Ministerio Público”; en ese sentido, también existe administración de bienes por parte de los padres a los hijos menores de edad, cuando estos ejerzan sobre ellos la patria potestad.
- d) El ejercicio de la tutela ejercida sobre menores e incapacitados, quienes pueden ser designados judicialmente o legalmente, según sea el caso; esto se puede establecer en el Artículo 293 del Código Civil, “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad el que



hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado”.

- e) En la copropiedad que se ejerza sobre un bien, el Artículo 490 del citado código establece: “Para la administración del bien común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, que representen por lo menos las dos terceras partes del valor total de la cosa”.

- f) En la propiedad horizontal, se ejerce administración como se regula en los Artículos 547 y 548, del código en referencia, “Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal deben ser administrados por la persona que designe la mayoría de propietarios...” “El administrador es el representante legal de los propietarios en todos los asuntos judiciales o extrajudiciales, comunes relacionados con el edificio en que se promuevan a nombre o en contra de ellos”.

- g) El cargo de albaceazgo también contrae la obligación de ejercer la administración de los bienes del testador, hasta que los herederos tomen posesión de los mismos, como se verifica en el Artículo 1,050 inciso 5^a. del mismo cuerpo legal citado, “Las facultades y atribuciones de los albaceas además de las que designe el testador, serán las siguientes: ...5^a. Administrar los bienes, hasta que los herederos tomen posesión de ellos”.

- h) La administración que ejerce el mandatario como una de las facultades encomendadas por el mandante, también entra dentro de la esfera de

administración que regula el Decreto Ley 106, en su Artículo 1,706 segundo párrafo, “Está obligado a dar cuenta de su administración, a informar de sus actos y a entregar los bienes del mandante que tenga en su poder, en cualquier tiempo en que este se lo pida.”.

- i) En las sociedades civiles, también se encuentra inmersa la actividad de administrar, cuando en los Artículos 1,729 y 1,757 del código en estudio, se establece la forma de administración de la misma.

Por consiguiente, todo el articulado citado anteriormente, establece en que momentos se da la institución de administración de bienes que regula nuestro ordenamiento civil, sobre el que haré referencia en los capítulos siguientes, debido a que el tema principal del presente estudio de tesis se centra, en establecer la posibilidad de regular aquellos actos contrarios a la administración leal, que se convierten en el transcurso de la administración en actos de administración desleal.

1.2. Administradores legales

Esta forma de administrar se da cuando el nombramiento o la obligación de administrar bienes o derechos provienen de una disposición legal, es decir, cuando la ley obliga a la persona realizar esta clase de actividades, facultándola directamente a ejercer diversos actos administrativos cuando existan algunas circunstancias previstas por la norma o normas que le imponen tal ejercicio. En otras palabras puedo decir que esta actividad contrae obligaciones directas que deben observarse al momento de realizarse



como una obligación o como una facultad. Esta clase de administración es común o mejor dicho se da con más frecuencia en la administración de bienes provenientes de la ausencia, matrimonio, patria potestad y tutela en los que la ley faculta a los obligados a realizar actos de administración sobre los bienes que conforman el patrimonio del administrado.

1.3. Administradores judiciales

Esta forma de administrar, se da cuando el nombramiento de los llamados a administrar bienes, proviene de una orden judicial o de juez competente; cuando los llamados legalmente no puedan o no quieran hacerlo, el nombramiento puede venir como dije ya, por orden judicial; esta clase de administración es común cuando un menor de edad no se encuentre sujeto a la patria potestad, el juez le nombrará tutor; de igual manera se puede dar cuando el juez nombra administrador de los bienes de personas que han fallecido sin que se haya nombrado albacea para el cumplimiento de su última voluntad; y en muy pocos casos cuando algún cónyuge dilapide los bienes que formen parte del patrimonio conyugal.

1.4. Rendición de cuentas

Mediante esta institución el obligado debe hacer del conocimiento de la persona interesada de los actos y efectos de la administración ejercida que deviene del nombramiento de tal actividad, con el fin de que éste pueda examinar y verificar los extremos correspondientes a esta actividad, por medio de una revisión minuciosa y

justificada en cuanto a los gastos e ingresos de dicha administración o gestión que previamente ha realizado por nombramiento, orden legal o judicial.

De igual manera esta obligación, recae sobre una persona a quien se le ha encomendado esta clase de actividades, es decir que esta rendición de cuentas debe hacerse de forma voluntaria, cuando el obligado lo realiza sin ser requerido para ello; o mediante responsabilidad que por disposición de la ley así lo determine por medio de alguna norma jurídica, cuando su autorización proviene de la misma. En el mismo orden de ideas, cuando el nombramiento de rendir cuentas proviene de orden girada por juez competente, debe tenerse en cuenta que dicha orden debe indicarse el plazo y forma en que la rendición de cuentas debe verificarse y ante quién debe prestarse.

1.5. Procedimiento de rendición de cuentas en la legislación guatemalteca

Para poder llegar a conclusiones en cuanto a lo que se viene estudiando en los puntos anteriores, es necesario mencionar que el proceso de rendición de cuentas, es un proceso de conocimiento regulado por el derecho civil, que en nuestro ordenamiento guatemalteco se puede dar por medio de dos formas de procedimiento, por medio del juicio oral; y si se trata de asuntos que sobrevengan de uno principal, por la vía de los incidentes.

En el Artículo 199 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que se tramitarán dentro del juicio oral entre otras materias "...4º. La rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta obligación la ley o el contrato." En ese

orden de ideas, los depositarios e interventores nombrados judicialmente dentro de un proceso de cualquier naturaleza deben de prestar esta rendición de conformidad con lo que regula el último párrafo del Artículo 217 del mismo código; “...El trámite de la rendición de cuentas de los depositarios nombrados en juicio, se hará conforme a lo dispuesto en el Artículo 43”; “Artículo 43. Salvo que la propia ley disponga otra cosa, todas las diligencias relativas a depósitos, intervención, rendición de cuentas de los depositarios e impugnación de las mismas, se tramitará en cuerda separada y en forma de incidente, a fin de no obstaculizar el curso del asunto principal”.

De igual manera los administradores de herencias, según lo establece literalmente el Artículo 511 del Código Procesal Civil y Mercantil, “si al terminar su encargo el administrador pone obstáculos a la entrega de los bienes a los herederos o legatarios, será apremiado a la devolución, aun cuando no lo solicite ninguno de los interesados; y si se resiste se abrirá de oficio el proceso criminal que corresponda. Todo lo relativo a la rendición de cuentas del administrador e impugnación de las mismas, se decidirá por el trámite de los incidentes, en cuerda separada.”

En ese orden de ideas, las dos formas que la ley establece para verificar la rendición de cuentas, aunque lleve un mismo fin, difieren uno de otro en algo que es muy importante resaltar: En el juicio oral la acción puede ser iniciada únicamente por la persona que ha entregado sus bienes para el manejo de los mismos a otra; en cambio, en la vía incidental, la acción de rendir cuentas puede ser iniciada tanto por aquél que entrega sus bienes para administración, como por la persona obligada a rendir cuentas; o sea, que si un administrador nombrado dentro de cualquier juicio, desea liberarse de su

obligación puede presentarse ante juez por la vía incidental a fin de que se le aprueben las cuentas y lograr el finiquito respectivo para el cese de su cargo.

1.6. De los daños y perjuicios

Estas dos figuras jurídicas podrían surgir de la rendición de cuentas a la que está llamado a prestar un administrador; ya sea por solicitud de los interesados o por una orden judicial, la primera de ellas la define Cabanellas “En sentido amplio, es toda suerte del mal material o material. Más particularmente el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y efecto. En principio el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia”.¹

En ese orden de ideas, los daños se consideran como el detrimento que la persona sufre en sus bienes y en su persona moralmente, es decir que los daños se refieren a cosas materiales o morales, es una forma de dañar la integridad física, material o moral de un tercero, siendo el sujeto activo quien ocasiona los daños y el sujeto pasivo quien los recibe. Para reafirmar lo que manifesté anteriormente, hago referencia lo indicado por el tratadista Tomás Moro quien manifestó: “Daños, son los desperfectos o

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 614.

destrozos físicos y apreciables que un agente externo produce en los bienes, sean muebles o inmuebles”.²

Jurídicamente daño material es el que recae sobre cosas u objetos perceptibles por los sentidos, es decir, que es el menoscabo a los bienes materiales propiedad del agraviado. Mientras que daño moral es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otro. Esto se encuentra fundamentado en el Artículo 1645 del Código Civil, que estipula que “Toda persona que cause daño o perjuicio a otras, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

En consecuencia, los daños son aquellos actos ocasionados contra el patrimonio o contra la persona, consistiendo éstos en la destrucción parcial o total de la cosa, sea bien muebles o inmuebles, y que deben ser indemnizados por quien los ocasionó para compensar al propietario de la cosa, mediante la reposición o reparación de la misma; o en su caso, estará en derecho el propietario del bien, a iniciar el juicio ordinario o incidental de daños y perjuicios para obligar al demandado a que repare el daño ocasionado, teniendo el actor la facultad de pedir que se embarguen bienes muebles o inmuebles del demandado como garantía de la restauración del daño causado.

La segunda figura estudiada en el presente apartado, la definiré como aquella ganancia lícita que se deja de obtener, o dicho de otro modo, aquellos gastos que se ocasionan

² Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Pág. 691



por actos u omisiones y que deben indemnizarse. Para algunos autores, el concepto de perjuicio se encuentra subsumido en el de daño; o sea, que el perjuicio no es sino una modalidad del concepto más amplio de daño. Es por eso que se dice que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño, que en el ámbito civil, estos actos son susceptibles de ser reparados en la vía judicial o extrajudicial a solicitud y por cuenta de quien los haya provocado. Si se define jurídicamente perjuicio puedo referir que no es más que aquella pérdida que se ha tenido con ocasión por un daño causado, es el efecto que produce el daño en las ganancias o pérdidas que se ha causado a la persona en su patrimonio, sean estos muebles o inmuebles.

Los daños o perjuicios pueden ser ocasionados por culpa o dolo, dependiendo de la acción que haya tomado el que ejecutó los mismos. Por dolo debe entenderse la acción de tener conocimiento del daño que se está provocando, es decir, quien actúa con dolo sabe a ciencia cierta que está causando un daño material o moral al sujeto pasivo. Y por culpa es la acción que se ejecuta por negligencia, impericia o ignorancia, pero sin la intención de causar el daño, es decir, no tener deseo de provocar un daño.



CAPÍTULO II

2. Administradores de bienes en el derecho mercantil guatemalteco

En el derecho mercantil guatemalteco, las personas jurídicas o sociales, se hacen representar legalmente por medio de administradores unipersonales o colectivos, tal como lo desarrollaré más adelante, quienes tienen como fin hacer cumplir las decisiones tomadas por el órgano soberano, así como administrar los bienes de la misma.

2.1. De los administradores sociales

Iniciaré diciendo que este órgano es uno de los más importantes de toda sociedad mercantil, ya que debe existir por lo menos una persona designada para que ejerza esta función dentro de la misma, debido a que una vez registrada la sociedad mercantil, obtiene la personalidad jurídica necesaria que le permite realizar las actividades del giro comercial que se han propuesto los socios al constituirla, y que se recogen en el objeto social; al respecto, Villegas Lara, manifiesta que estudiar el tema de la administración de la sociedad, implica analizar el problema de la representación, esta afirmación la hace el tratadista con apego a lo que en sí es la formación de la sociedad mercantil que únicamente puede actuar por medio de los administradores y mediante ellos desempeñar una función necesaria que pueda manifestarse frente a terceros. Lo contrario sucede con la persona individual, para quien la representación es contingente, toda vez que puede darse o no.



Sin embargo, en ambos casos, la representación tiene la finalidad de permitir el desplazamiento del ente representado tanto en el tiempo como el espacio. Por eso decimos que para la sociedad la representación es necesaria porque es lógico que no pueda actuar como ente ficticio, es por ello que la representación o administración es el poder que se le concede a una persona para celebrar actos jurídicos a nombre de otra y sobre todo, el ejercicio de los mismos frente a terceros. En el diccionario de Derecho usual de Guillermo Cabanellas dice con relación a la administración: “Consiste en el gobierno y dirección de los bienes y negocios de la misma. La administración la ejercerán las personas designadas a tal fin, de acuerdo a la naturaleza de la sociedad y su convenio constitutivo.”³

2.2. Forma de administración

Partiendo de lo regulado en el Artículo 44 del Código de Comercio de Guatemala, “La administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios administradores o gerentes, quienes podrán ser o no socios y tendrán la representación judicial”; por lo que se puede colegir que la administración de las sociedades pueden ser confiadas a uno o varios administradores o gerentes, que pueden ser o no socios de la misma sociedad, o mejor dicho, la administración social puede ser constituida en forma individual o colegiada, según el número de sujetos individuales que desempeñen tal función dentro de la misma.

³ Cabanellas, *Ob. Cit.* Pág. 110.



Sin embargo, en nuestro medio lo común es que la administración social se dé en forma unipersonal y en el menor de los casos la administración se realiza de forma conjunta de acuerdo a lo establecido en el Artículo 49 del Código de Comercio, “Cuando fueren dos administradores y en la escritura social no se especifiquen las facultades y atribuciones de cada uno, procederán conjuntamente y la oposición de uno de ellos impedirá la realización de los actos o contratos proyectados por el otro. Si los administradores conjuntos fueren tres o más, decidirá el voto de la mayoría en caso de desacuerdo”, razón por la cual, de lo regulado en dicha norma puedo resaltar como importante que cuando en la escritura constitutiva de la sociedad no se defina las facultades que tienen cada uno de los administradores, es obligatorio que actúen en forma conjunta para evitar que la oposición de uno afecte lo propuesto por el otro, porque en todo caso se evitaría la interferencia en el ejercicio regular de la administración que le fue confiada al administrador afectado.

Además dicho código tiene una excepción en esta clase de administración, y es cuando uno de los administradores puede actuar en representación de la sociedad sin contar con el consentimiento de los demás administradores, solo en los casos exclusivos cuando su representada esté amenazada por un daño grave que ponga en peligro el funcionamiento de la misma. Por otro lado, el Artículo 50 del mismo cuerpo legal, “Aunque la administración sea conjunta, podrá uno solo de los administradores proceder bajo su responsabilidad, si de no hacerlo así resultare daño grave o irreparable para la sociedad. El acto o contrato ejecutado en estas condiciones surtirá sus efectos respecto de terceros de buena fe y el administrador que lo hubiere celebrado responderá a la sociedad de los perjuicios que a ésta se causen”, en



referencia a esto, los administradores pueden actuar bajo su responsabilidad y obligan a la sociedad, si el acto no le causa perjuicio real o es aceptado o consentido en asamblea por los socios. Sin embargo, es pertinente decirlo, que los administradores tienen la prohibición de dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituyan el objeto de la sociedad, salvo pacto en contrario autorizado por todos los socios.

En esta línea de ideas, a continuación me permito hacer los comentarios en cuanto a los artículos que regulan la forma de cómo se administra cada una de las organizaciones sociales que regula el Código de Comercio de Guatemala, es por ello que analizaré cada una de las sociedades mercantiles de la forma siguiente.

a) Sociedad colectiva

En lo que respecta a la administración de este tipo de sociedad, el Artículo 63 del Código de Comercio de Guatemala señala “En defecto de pacto que señale a uno o algunos de los socios como administradores, lo serán todos.”. En ese sentido, cuando los socios no pacten o autoricen dentro de su constitución social a una o algunas personas para que ejerzan la administración, todos los socios serán administradores de la misma; este caso no es común debido a que si todos los socios administran traerían serios conflictos en la práctica.



b) Sociedad en comandita simple

En esta clase de sociedad, su administración se encuentra regulada en el Artículo 72, del Código de Comercio de Guatemala, que establece: “Los socios comanditados tendrán con exclusividad la administración de la sociedad y la representación legal de la misma, salvo que la escritura social permita que la administración de la sociedad y la representación legal de la misma, la ejerzan extraños. En este caso, el nombramiento de los administradores que hubieren hecho los socios comanditados no surtirá efecto, hasta tanto no se obtenga la aprobación de los socios comanditarios por el voto que represente la mitad más uno del capital aportado por ellos.”

Cabe mencionar que por mandato expreso de la ley, los socios comanditarios tienen prohibido realizar cualquier acto de administración en la sociedad, según el Artículo 73 del Código de Comercio, “Los socios comanditarios tienen prohibido cualquier acto de administración de la sociedad, aún en calidad de apoderados de los socios comanditados o de la sociedad. El socio comanditario que viole dicha prohibición quedará responsable en la misma forma que los socios comanditados en favor de terceros, por todas las pérdidas y obligaciones de la sociedad, sean anteriores o posteriores a la contravención, salvo lo dispuesto en el Artículo 75 de este código”; con la única excepción contenida en los caso de muerte o incapacidad de los socios administradores que permite el Artículo 75 del mismo cuerpo legal citado, “Si para los casos de muerte o incapacidad del socio administrador, no se hubiere determinado en la escritura social la forma de sustituirlo y la sociedad hubiere de continuar, podrá un socio comanditario, a falta de otro comanditado, desempeñar interinamente los actos



urgentes o de mera administración durante un plazo que no podrá exceder de un mes contado desde el día en que la muerte o incapacidad hubiere ocurrido”, es decir que únicamente durante un mes, a partir de la fecha en que cese la administración por parte del órgano nombrado por los socios, y siempre que no se haya pactado con anterioridad como sustituirlos, esto con el fin de que la sociedad no quede acéfala de administradores.

c) Sociedad de responsabilidad limitada

Si bien es cierto que en la legislación no existe norma relativa a su administración, de la lectura del Artículo 83 del Código de Comercio de Guatemala se deduce que sí existe administración, la que se ejercerá a solicitud de cada socio, siempre y cuando no exista consejo de vigilancia, quienes tienen el derecho a pedir al administrador informe de los negocios del giro ordinario de la sociedad.

d) Sociedad anónima

Es en esta sociedad mercantil donde está más ampliamente regulada la administración social, como conoceremos a continuación; así en el Artículo 162 se establece que debe ser: “Administración única o de varios administradores, actuando conjuntamente, constituidos en consejo de administración; será el órgano de administración de la sociedad y tendrán a su cargo la dirección de los negocios de la misma”. Además si la escritura social no determina el número fijo de administradores, corresponderá a la asamblea general determinarlo, al hacer cada elección, los administradores pueden ser

o no socios, serán elegidos por la asamblea general y su nombramiento no podrá hacerse por un período mayor de tres años, aunque su reelección sí es permitida. De igual forma se debe tenerse en cuenta que los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que fueron designados, mientras sus sucesores no tomen posesión. El nombramiento de administrador es revocable por la asamblea general en cualquier tiempo y por cualquier circunstancia.

e) Sociedad en comandita por acciones

En el Artículo 198 del Código de Comercio de Guatemala, se regula “Los socios comanditados tienen a su cargo la administración de la sociedad y la representación legal de la misma y están sujetos a las obligaciones y las responsabilidades de los administradores de la sociedad.” Lo escrito aquí no tiene mayor explicación debido a que lo regulado es claro al delegar a un grupo determinado la representación de la sociedad, y el grado de responsabilidad que tienen frente a la misma.

2.3. Facultades de los administradores

Este apartado tiene relación con lo que hasta aquí vengo exponiendo, debido a que consecuentemente he hecho referencia a quienes son los que administran las sociedades y ahora hablaremos de las facultades o las funciones que realizan los mismo, las que casi siempre son delimitadas y atribuidas en la escritura constitutiva o en el acta notarial de nombramiento donde pueden ser ampliadas o restringidas según

las necesidades de la propia entidad. Para el tratadista Barrera Graf, la representación: “es un poder que concede a una persona para celebrar actos jurídicos a nombre de otra y sobre todo, el ejercicio de tal poder frente a terceros”.⁴

Sin embargo, casi no es necesario advertir que cuando se habla de funciones administrativas, no se entiende solamente llevar la contabilidad de los bienes que es una operación complementaria sino la realización de actos de disposición de bienes para la consecución de los objetivos económicos de la sociedad. La apreciación sobre el modo como habrá de ser ejercido el poder deberá hacerse en cada caso y a priori, no se podrá impedir a los administradores vender por ejemplo, todas las mercancías del almacén cuando lo repute conveniente, solamente cuando se trate de venta de la totalidad del patrimonio y el obstáculo sea manifiesto, por separarse con ello de la realización del objeto social. El exceso de poder lo proporcionaría el hecho de que vendiendo todos los bienes que constituyen los activos de la sociedad no tendría objeto de existir y actuar, ello llevaría a una modificación del acto constitutivo que es competencia exclusiva de la asamblea.

La función dependiente que realiza un administrador en una sociedad mercantil guatemalteca, la encontramos enmarcada dentro de los artículos que regulan las facultades, de los administradores; así el Artículo 47 del Código de Comercio establece: “Los administradores o gerentes tienen, por el hecho de su nombramiento todas las facultades para representar judicialmente a la sociedad de conformidad con las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial. Tendrán además las que requieran

⁴ Barrera Graf, Jorge. **La representación de sociedades**; Rev. de derecho comercial, citado por Villegas Lara, Ob. Cit. Pág. 65.



para ejercer los actos y celebrar los contratos que sean del giro ordinario de la sociedad, según su naturaleza y objeto, de los que de él se deriven y de los que con él se relacionan, inclusive la emisión de títulos de crédito. Sin embargo, en la escritura social pueden limitarse tales facultades. Para negocios distintos de ese giro, necesitará facultades especiales detalladas en la escritura social, en acta o en mandato.”

A su vez el Artículo 163 del mismo cuerpo legal, citado estipula “La extensión de las facultades de los administradores se regirán por lo que disponga la escritura social y en su defecto por las disposiciones del Artículo 47 de este código y sus limitaciones deberán expresarse en el propio nombramiento.”

Si me refiero al objeto sobre el que recae la administración de una sociedad, debe tomarse en cuenta que es sobre el patrimonio mismo, entendiéndose este como todos los bienes, derechos y obligaciones de una sociedad y que se modifica constantemente, según el éxito o fracaso de la gestión económica de la misma; por ello es que se dice que el patrimonio consta de elementos destinados a la realización de los fines de la sociedad. Por lo anterior, puedo concluir que: a) la administración de una sociedad mercantil estará a cargo de uno o varios administradores, y que esta administración puede ser en forma unipersonal o colegiada; b) las facultades que la ley le otorga al o los administradores para poder ejercer su función son muy amplias, pero pueden ser limitadas en la escritura de constitución de sociedad; c) el administrador es responsable ilimitadamente de los daños y perjuicios que cause a la sociedad por dolo o culpa y la acción de responsabilidad se ventilará en juicio sumario, es decir que la

acción es de carácter civil; y d) la gestión administrativa recae sobre el patrimonio de la sociedad, preferentemente.

Pero cuando hablo del poder de administrar a una sociedad, aciertan casi todos los tratadistas en que se dan tres teorías entre ellas: la del mandato, de la representación legal y la del órgano, con las cuales podemos ilustrar cada una de ellas al hacer el estudio por separado, que en lo personal haré alusión a lo que refiere el tratadista guatemalteco Arturo René Villegas Lara.

a) Teoría del mandato

Esta teoría trata de explicar cuál es la verdadera función de los administradores dentro de la sociedad, y cuál es el origen de sus funciones frente a la misma, por lo que “La figura del mandato exige que una persona dé poder a otra y que éste lo acepte, para representarle en su nombre en la ejecución de actos jurídicos”.⁵ Sin embargo, no se explica con claridad la naturaleza jurídica de la función del administrador, aunque la ley mercantil le otorgue al administrador funciones amplias, con el fin de que la misma sea debidamente representada ante los demás comerciantes sociales o individuales.

b) Teoría de la representación legal

Esta teoría es aquella que indica que la representación de una sociedad debe ser como aquella representación que tienen los menores de edad y los incapacitados, es decir

⁵ Villegas, Ob. Cit. Pág. 66.

que es una representación necesaria que la misma ley atribuye a una persona; es por ello que podemos deducir que esta teoría supone que la representación de la sociedad es antes de la creación de la misma; sin embargo, esto no sucede en la realidad jurídica de nuestro ordenamiento, debido a que cuando una sociedad es inscrita provisionalmente en ese momento es obligatoria se inscriba a la persona que ejercerá la representación de la misma.

c) Teoría del órgano

La explicación que da esta teoría es la más aceptada en relación a las antes explicadas, debido a que hace una relación de la administración como un órgano que es el encargado de hacer efectiva la voluntad tomada por los socios dentro de las asambleas celebradas para tomar las políticas generales y la dirección correspondiente de la sociedad mercantil de la que forma parte, haciendo una función tanto interna como externa, es decir “desdobra su función en dos sentidos: una interna o de gestión social, dentro de la sociedad, sin efectos directos con terceros; y otra externa o de representación social, que es la que permite la relación de la sociedad con terceros”.⁶

Al hacer un análisis de lo que la ley reconoce de esta figura, podemos decir que la misma le da un carácter de órgano que no es un mandatario ni representante legal de un incapacitado, si no que le da un trato como órgano de la sociedad por ser una persona jurídica.

⁶ *Ibíd.* Pág. 67.

2.4. Responsabilidades de los administradores

En cuanto a las responsabilidades de los administradores en el ejercicio de las facultades que se les otorga para el desempeño de su cargo, el Artículo 52 del Código de Comercio, establece: “El administrador es responsable ilimitadamente por los daños y perjuicios que ocasione a la sociedad por dolo o culpa. Si fueren varios los administradores y procedieren conjuntamente, su responsabilidad será solidaria.”

En el mismo sentido regula el Artículo 171 del mismo cuerpo legal referido que norma: “El administrador responderá ante la sociedad, ante los accionistas y ante los acreedores de la sociedad, por cualquiera de los daños y perjuicios causados por su culpa. Si los administradores fueren varios, la responsabilidad será solidaria...”; de la misma forma el Artículo 172 dice, que: “Además, los administradores serán también solidariamente responsables: 1º. De la efectividad de las aportaciones y de los valores asignados a la misma, si fueren en especie; 2º. De la existencia real de las utilidades netas que se distribuyen en forma de dividendos a los accionistas; 3º. De que la contabilidad de las sociedades se lleven de conformidad con las disposiciones legales y que ésta sea veraz; 4º. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de la asamblea general.”

Será nula toda cláusula que exima o limite la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores, toda vez que este sería una garantía para proceder judicialmente contra ellos, pues por la confianza que se les encomienda, es necesario tomar medidas legales ante estas acciones. De igual manera el administrador tiene la obligación de



desempeñar con lealtad y diligencia la función que se le encomienda, recibiendo a cambio una remuneración dineraria por parte de los socios, es por ello que la ley le asigna una responsabilidad ilimitada por los daños y perjuicios que le cause por dolo o por culpa como se dijo ya. De igual manera se ha dicho que cuando son varios los administradores que actuaron conjuntamente en la acción contraria a los intereses de la sociedad, la responsabilidad es solidaria, salvo que se haya hecho constar el voto disidente, esto quiere decir que se haya opuesto a la acción que dio origen a la mala administración.

En ese sentido se puede colegir que en la administración colegiada debe llevarse un libro o registro de actas o de votos, en donde se hará constar la forma en que se toman los acuerdos de la administración por cada uno de los administradores, para descubrir el método de la toma de decisiones de los mismos y establecer la responsabilidad de cada uno de ellos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que toda responsabilidad puede considerarse como obligaciones, es por ello que los administradores frente a los socios tienen ciertas obligaciones que cumplir y entre ellas esta: a) rendir cuentas a los mismos, cuanto menos anualmente, de la situación financiera y contable de la sociedad, incluyendo un informe de sus actividades, el balance general correspondiente y el estado de pérdidas y ganancias, así como un detalle de sus remuneraciones y otros beneficios de cualquier orden; esta negativa es causal de remoción, sin perjuicio de la deducción de responsabilidades en que se hubiere incurrido; b) si todos los socios son administradores, como se pudiera dar, la obligación de rendir cuentas puede ser en todo tiempo y en forma recíproca, es decir unos a favor de otros y así sucesivamente.



2.5. De la rendición de cuentas

La rendición de cuentas es una forma de fiscalizar las funciones de los administradores, que tiene como fin establecer cuáles han sido los movimientos financiero y de cualquier otra índole relacionada con la sociedad que administra, en ese sentido, el Artículo 55 del Código de Comercio establece que los administradores están obligados a rendir cuentas, cuando menos anualmente y que la falta de cumplimiento a esta obligación será causa de su remoción, independientemente de las responsabilidades en que hubiere incurrido; y el Artículo 56 del mismo cuerpo legal citado, establece la rendición de cuentas recíprocas si todos los socios son administradores.

Ahora veamos que alcances puede tener una rendición de cuentas de la que se regula en los artículos anteriores, y partiendo del hecho de que si se logra establecer que la sentencia de rendición de cuentas es en contra del administrador, ésta solamente sería la base para iniciar en la vía civil un juicio ejecutivo para el cobro del saldo desfavorable que se determine, y en ningún momento para iniciar un proceso penal ya sea por los delitos de apropiación y retención indebida, pues en todo caso, lo que se configura es una deuda, que no es susceptible de ser perseguida en la vía penal.

Aunque en algunos casos, sí es posible dar una persecución penal, y es cuando únicamente la apropiación está perfectamente individualizada y si se logra determinar mediante prueba fehaciente, que el administrador se apropió de bienes propiedad de la sociedad. Sin embargo, si se determina mediante la rendición de cuentas alguna responsabilidad del administrador, no es posible iniciar una acción penal por el delito de

apropiación y retención indebida o por cualquier otro delito en el que haya incurrido como lo es el delito de estafa, porque dicha sentencia condenatoria de rendición de cuentas solamente podrá ser título para iniciar un juicio ejecutivo para el cobro del saldo desfavorable en contra del administrador.

2.6. De la administración desleal

Que es la administración desleal?, para definirla me permito indicar que es una acción tomada por una persona que tiene a su cargo la administración de hecho o de derecho de una sociedad y realiza actos contrarios a los intereses de los socios o de la propia sociedad que representa en virtud de las responsabilidades que ostenta por el cargo que desempeña, por lo que a él se le atribuye un deber de fidelidad que le obliga a anteponer los intereses sociales a los intereses propios, que pudieran surgir en el desarrollo de las funciones ejercidas dentro de la misma. Aunado a ello debe tenerse en cuenta que junto a las obligaciones de diligencia y lealtad impuestas legalmente, existen lo que se denominan códigos corporativos de conductas, al que debe someterse los administradores cuando actúan en el ejercicio de sus funciones, esto último es lo que hoy por hoy se usa en nuestro medio para controlar las acciones que puedan tomar los administradores dentro de la propia entidad.

Sin embargo, como ha sido por muchos años, el incumplimiento a sus obligaciones dentro de la sociedad no genera, en principio responsabilidad penal dado que no tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica penal que se le pueda endilgar por sus acciones contrarias a los intereses sociales; razón por la cual es necesario que

tales conductas bien especificadas y delimitadas puedan ser incluidas como delitos societarios en nuestro ordenamiento jurídico penal para que sirvan como una herramienta legal que proteja el patrimonio social como en la actualidad lo regulan otros países que más adelante referiré abundantemente.

La imposición de las obligaciones de conductas como un ordenado empresario y como un representante leal, tiene su fundamento en la especial relación de confianza que media entre éste y la sociedad que administra. Tradicionalmente, esta relación ha sido calificada por la doctrina como de mandato; aunque existen diferentes posturas en cuanto a esto, debido a que para algunos la relación accionista-administrador no es de mandato, sino que éste una vez nombrado pasa a ser parte del órgano administrativo al servicio de los intereses de la sociedad, por lo que sus relaciones traspasa los límites del mandato, como ya lo referí en las teorías de la representación. Lo cierto es que, se trate de uno u otro tipo de relación, los administradores asumen, desde la aceptación de su nombramiento, el deber de fidelidad para con la sociedad que administran, como ha quedado plasmado en los puntos anteriormente referidos.

Asimismo, significa que cuando una persona acepta la representación de una sociedad, implícitamente está comprometiéndose también a posponer sus intereses personales en beneficio de los intereses de la sociedad, de forma que cuando infringe esta condición implícita, derivada del principio de buena fe, incurre en un incumplimiento de la obligación asumida, lo que otros países han dado un especial trato, llevando estas acciones al ámbito penal para evitar acciones reiterativas en perjuicio de la misma entidad.



2.7. Que es la administración desleal?

En nuestro medio es una posibilidad de tipificarlo como un delito penal específicamente societario de administración desleal, a diferencia de lo que ocurre en otros países, en donde existe un delito genérico de infidelidad respecto del patrimonio ajeno, sin que sea necesario que la conducta fraudulenta se lleve a cabo en el terreno societario o empresarial. Es por ello que muchos autores abogan por la configuración de un delito genérico de administración desleal de patrimonio ajeno, y, por tanto no restringido al ámbito societario, cuya ausencia ha sido calificada de grave y lamentable. Por eso, la necesidad de un delito genérico de infidelidad patrimonial encuentra su fundamento en que con dicha figura delictiva podrían también entenderse cubiertas de forma razonable las conducta desleales llevadas a cabo en terreno societario así como aquellos que se lleven fuera de él, los que quedarían impunes si así fuera tipificado.

Al respecto, es posible que existan en la legislación ambos delitos de administración desleal, empero también podría existir otra opción que puede ser analizada a fondo, y consiste en que pueda existir el delito genérico con el específico, de forma fusionada distinguiendo el orden a la penalidad, según quien sea el sujeto activo del delito, es decir un administrador de una sociedad mercantil o uno de bienes particulares. Aunque para poder comprender de mejor manera que debe entenderse por acciones contrarias a la sociedad y que es lo que constituye una agresión al patrimonio social, es preciso citar lo que manifiestan los tratadistas en el sentido que “por otra parte, el hecho de que el patrimonio y la propiedad sean bienes jurídicos merecedores de tutela penal no implica necesariamente que toda agresión a estos derechos constitucionales deba ser

tutelada penalmente. Más bien por el contrario, en virtud del principio de intervención mínima, únicamente debe ser merecedoras de reproche penal aquellas conductas que atenten de forma verdaderamente grave contra estos bienes jurídicos y frente a las que no sea suficiente la respuesta ofrecida por los otros sectores del ordenamiento. Sólo así respetaremos el papel de última ratio que cumple el Derecho Penal”.⁷

En la parte especial del Código Penal guatemalteco las agresiones más graves contra el patrimonio y la propiedad ya encuentran su justo reproche, en los delitos patrimoniales, como lo es la estafa y apropiación indebida, quedando al margen de la protección penal las meras infidelidades patrimoniales. Ello porque el uso del instrumento más poderoso del que dispone el Estado, no las contempla, ya sea porque en su oportunidad se consideraron o se apreciaron como excesivas para responder a estas meras infidelidades reservándose a tipificarlas y llevando únicamente aquellas agresiones que se consideraron más fuertes. Sin embargo, la conciencia social, en los últimos años, las ha considerado como graves, no solo las infidelidades patrimoniales cometidas al amparo de las sociedades mercantiles sino también a las infidelidades patrimoniales genéricas realizadas por quienes tienen encomendadas la gestión de un patrimonio ajeno por disposición de la ley, por negocio jurídico o por delegación de autoridad competente, como lo son los albaceas testamentarios o tutores respectivamente.

Es oportuno reiterar que se debe considerar si es conveniente crear un delito genérico de administración desleal al igual que otros países, y lo que se dice que “tal delito de

⁷ Castro Moreno, Abraham; *El delito societario de administración desleal*. Pág. 203



infidelidad patrimonial debería estar configurado como un delito especial, en la medida en que sólo quienes se encuentren en una especial relación de fidelidad con el objeto de la acción, que podrá provenir de la ley, de un negocio jurídico o por delegación de la autoridad competente, podrán ser considerados autores, y quienes no posean tal relación podrán disponer o contraer obligaciones con cargo al patrimonio administrado, ya que tales operaciones resultarían nulas si son realizadas por quienes carecen de título para realizarlas”.⁸

2.8. Actos contrarios a la administración leal

Estos actos son aquellos que objetiva o subjetivamente pueden ser considerados por el legislador al conocer en concreto las necesidades que nuestro ordenamiento jurídico tiene en este tema y que los pueda llevar a tomar la decisión de incluirlos en este tipo penal, con el fin de regular las conductas contrarias a la administración leal.

Aun que he de aceptar que puedan ser incluidas otras conductas, trataré de hacer resaltar las más comunes o las que generan mayor impacto al peculio social, tomadas del derecho comparado, como lo es del derecho Penal Español, que dentro de esa normativa contempla las siguientes acciones, como contrarias a la administración leal.

⁸ Ob, Cit. Pág. 204

a. Abuso de las funciones propias del cargo

En el Código Penal de España se regula en el Artículo 295 como administración desleal e incluyen como elemento de la misma figura, el abuso, que según la norma, debe entenderse como el ejercicio de facultades de representación de la sociedad con exceso o uso impropio de las obligaciones atribuidas por la ley, estatutos, pactos contractuales o de los límites internos autorizados por la sociedad; es decir con infracción de los deberes de lealtad y fidelidad que fijan las facultades y delimitan el ámbito de su competencia. En conclusión se puede decir que es una desviación de poder y para ejemplificar lo dicho me referiré al hecho de que cuando el administrador de hecho o de derecho utiliza o emplea la firma social para negocios propios o utiliza sus propias empresas para prestar servicios a la sociedad que administra en perjuicio del patrimonio de ésta. Este es un elemento típico que debe interpretarse en el sentido de que el autor del delito ha de abusar de las facultades representativas del cargo. En ese mismo orden, se abusa de las funciones propias del cargo y se infringen los límites de actuación cuando se realiza una conducta comprendida dentro del objeto social sin sobrepasar los límites legales o externos de representación del administrador, siempre y cuando tal conducta resulta ser desde el primer momento perjudicial al interés de la sociedad.

Esto también debe entenderse como contraer o disponer obligaciones a cargo de la sociedad en beneficio propio o de terceros, en perjuicio de la sociedad. “Lo característico del abuso de funciones del cargo es, pues, el ejercicio de los poderes de representación de la sociedad más allá de los límites internamente establecidos, límites

que se configuran, por encima del objeto social por la contrariedad de la operación con los intereses sociales que los administradores deben satisfacer y salvaguardar”⁹. Es por ello que debe considerarse esta conducta como fraudulenta, debido a que la misma es abusiva porque perjudica a la sociedad en beneficio del autor o de un tercero.

b. Abuso de las funciones propias del cargo en el ejercicio de las facultades de gestión

Iniciaré haciendo una distinción entre gestión y administración, pues los mismos no son términos equivalentes toda vez que “administración se desdobra en dos vertientes, una de ellas es la gestión, considerada como una fase interna en la sociedad que consiste en la toma de decisiones o adopción de acuerdos necesarios para la realización del objeto social; y la otra es la de representación, considerada como fase externa de ejecución de los actos y acuerdos adoptados por la junta general de socios. En ese sentido, la fase interna de gestión corresponde casi siempre por exclusividad a la junta general, y en el desarrollo de la misma a los administradores y a los altos empleados sociales, como los gerentes, directores, etc.”¹⁰ De lo anterior se puede decir que los abusos cometidos en el ejercicio de las facultades de gestión no pueden implicar, por sí solos, la realización de la conducta típica del delito de administración desleal de sociedades; del mismo modo, en relación a la acción individual de responsabilidad, se reconoce que se ha de pensar que este solo deber de ordenada gestión se desenvuelve, como el propio concepto de gestión entraña, en el ámbito de la sociedad,

⁹ *Ibid.* Págs. 286 y 287.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 290

por lo que no cabe concebir, que un acto de sola gestión culposa u omisión de un deber de diligencia, pueda tener trascendencia frente a tercero, sean acreedores o miembros de la sociedad. Es por ello que la adopción de la decisión de ejecutar un acto o un acuerdo desleal puede suponer la existencia de una inducción o incluso de una cooperación necesaria al delito de administración desleal. Cuando un administrador abusa de las funciones propias del cargo, es cuando se extralimita a ejercer alguna gestión que desfavorece a la propia sociedad, perjudicando directamente su patrimonio y favoreciendo a un tercero o a su propia persona mediante acciones que no han sido autorizadas para que las ejerza como parte del objeto propio de la sociedad mercantil.

c. La disposición de los bienes de la sociedad de forma fraudulenta

Considero que esta tipificación es la más importante de las reguladas en España, debido a que esta acción atenta directamente al capital social, que es el fin que persigue estas normas penales, en cuanto a la protección de los derechos o bienes sociales. Para entender de mejor manera que es disposición, gramaticalmente hablando, y según el Diccionario de la Real Lengua Española, la define: “Ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenándolas o gravándolas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute.”

Este concepto ha tenido una aceptación total en la doctrina, pues se ha entendido como disposición, a aquel acto de enajenación o de gravamen de las cosas o bienes realizadas por el administrador. Sin embargo, desde el punto de vista único, disposición, implica la realización de un acto de carácter representativo concretado en

una enajenación o en un gravamen, pero dicho acto no ha de plasmarse necesariamente en una pérdida de los bienes permanentes que derive en la expropiación definitiva del sujeto pasivo. Es por ello que el delito de administración desleal abarca, además las mismas conductas de apropiación indebida que pudieran alegarse en algún momento; sin embargo, esto debe entenderse como un avance en la penalización de actos contrarios de administración social.

Dentro de las acciones concretas que puedo apreciar de este apartado, se encuentran las siguientes: a) préstamos a los administradores o a sociedades controladas o vinculadas a ellos; o mejor dicho concesión de créditos sin garantías a cargo del patrimonio social, y préstamos para adquisición de acciones de la propia sociedad; b) la compra-venta de bienes a precios distintos del real; c) empleo de recursos sociales para atender gastos personales de los administradores; d) utilización de las instalaciones de la sociedad para fines distintos a los acordados por los socios. Toda estas acciones o supuestos de hechos que se citan, son fraudulentos debido a que no son consentidos por los socios o no son atribuciones que ellos hayan conferido a las personas que administran una sociedad, por lo que estas acciones deben ser llevadas al ámbito penal como forma de protección patrimonial tal como lo han realizado otros países quienes han avanzado acertadamente en este tema.

d. La contracción de obligaciones a cargo de la sociedad

En este caso comprendería todo acto de gravamen sobre los bienes sociales, tanto los gravámenes típicos como atípicos; en el sentido de que las dispones de los bienes



sociales sean utilizados como garantías a préstamos que en primer lugar no sean a favor de la propia sociedad sino que también éstos actos no han sido autorizados por los socios, y otra de las conductas sería contraer obligaciones a cargo de la sociedad, sin autorización alguna de los mismos socios, o excediéndose de los límites y facultades reconocidas y autorizadas en la escritura social de constitución.

Dentro de la conducta típica en cuanto a estas acciones puedo establecer las siguientes: a) el afianzamiento de deudas personales de los administradores a cargo del patrimonio de la sociedad; b) la solicitud de préstamos dinerarios excediendo los límites autorizados, en perjuicio del patrimonio social en forma directa. De tal suerte que este delito podría tener su fundamento en el hecho de que todas aquellas obligaciones dinerarias o no, que tengan implícito el desgaste económico de la sociedad o que en su caso atenten con desaparecer el patrimonio social por actos que no han sido autorizadas por los órganos internos responsables de tomar tales autorizaciones que son consideradas como políticas económicas del giro normal u ordinario de una sociedad.

CAPÍTULO III

3. De los delitos patrimoniales y de las acciones antijurídicas

En este apartado es preciso estudiar y tomar en cuenta, qué delitos actuales contempla el ordenamiento jurídico penal en el ámbito patrimonial, con el fin de establecer como se dan las acciones antijurídicas al realizarse los supuestos previstos en la norma.

3.1. De los delitos patrimoniales

Esta denominación en la legislación penal es reciente, debido a que anteriormente a este apartado dentro del Código Penal guatemalteco se le conocía como delitos contra la propiedad, pero acertadamente los legisladores reflexionaron al darse cuenta que las infracciones que surgieron con posterioridad a dicha regulación, dan lugar a atentados no solo en contra de la propiedad sino también todo el patrimonio económico de las personas, como actualmente surgen.

3.2. Concepto

Son todos aquellos delitos que causan a las personas un perjuicio patrimonial, resentido por la víctima en la disminución de los bienes patrimoniales que posee, de tal manera que estos derechos son tutelados por el derecho penal, para el resguardo de alguna posible lesión pecuniaria.



3.3. Bien jurídico tutelado

Con lo dicho anteriormente se puede concluir que el bien jurídico que se pretende regular es “no solo únicamente protege el derecho de propiedad, sino en general, la salvaguarda jurídica de cualquier otro derecho que puede formar parte del activo patrimonial de una persona. En otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que pueden ser estimables en dinero o sea que formen su activo patrimonial”.¹¹

3.4. Delito de estafa

Hare referencia a este delito, debido a que me servirá de ilustración y diferenciación en el desarrollo de las ideas que más adelante plasmaré, según la temática que pretendo comprobar, no obstante debo enfatizar que existen otros delitos que contempla la clasificación de los llamados delitos contra el patrimonio o patrimoniales.

Ahora bien la esencia de los delitos de estafa, reside en el elemento interno: que es el engaño; considerado como la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno mediante una manipulación o ardid, con la que se procura hacer llegar el mismo, al dominio del sujeto activo de la acción o bien a un sujeto ajeno a dicha acción antijurídica, quienes se aprovechan de lo defraudado en perjuicio del patrimonio del sujeto pasivo de dicha acción.

¹¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Pág. 480.

I. De la estafa genérica

De acuerdo con lo que regula el Artículo 263 del Código Penal guatemalteco, puedo definir al delito de estafa como aquella acción que comete un sujeto, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, con el fin de defraudarlo en su patrimonio en beneficio propio o ajeno. En la mayoría de casos este delito se realiza después de hacer una planificación de cómo lo realizará el sujeto activo y en qué momento lo hará, a lo que en el medio penal se le ha denominado preparación del delito. En referencia a este delito, puedo citar algunos elementos que lo integran, entre ellos los siguientes:

a) Bien jurídico protegido

Tradicionalmente se dice que el bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio económico de las personas, según lo han manifestado la mayoría de tratadistas al exponer sus doctrinas. No obstante, a partir de ahí el acuerdo doctrinal desaparece y existen importantes matizaciones y divergencias entre los autores. Se ha intentado considerar la buena fe como el bien jurídico protegido por el delito de estafa, pero, como señala Rodríguez Devesa, no es posible admitir la presencia de un segundo bien jurídico, consisten en la buena fe, “porque el quebranto de la confianza y seguridad en las relaciones jurídicas patrimoniales, mientras no se derive o pueda derivar un perjuicio es irrelevante desde el punto de vista jurídico penal”.¹² Así pues, afirmo que el bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio de las

¹² Devesa, Rodrigo, **Derecho penal**. Pág. 499.

personas individuales o jurídicas, como actualmente se ha considerado en el ámbito penal guatemalteco.

b) Sujeto activo

En cuanto al sujeto activo en la realización de este delito se considera que puede ser cualquier persona, a excepción de los funcionarios, quienes en el caso respectivo, incurrirán en las distintas figuras penales de negociaciones ilícitas en que intervengan, como por ejemplo: concusión, fraude, exacciones ilegales, cobro indebido, etc; que solo en estos casos pueden ser atribuidas las responsabilidades penales a los funcionarios o personas individuales que son investidas por el Estado de autoridad, colocándolas en otro nivel de trato frente al conglomerado social.

c) Elemento material

Como elementos materiales encontramos:

1) La utilización de ardid o engaño para inducir a error a otro; tradicionalmente se ha estimado como elemento fundamental de la estafa, el engaño; en nuestra ley se considera al ardid como sinónimo de truco o trampa, pero siempre dirigido como cualquier engaño, que tiene como fin provocar error en el sujeto pasivo de la acción delictiva.

2) La defraudación o perjuicio en el patrimonio ajeno, consiste en un perjuicio concreto, valorable, que no desaparece con el reintegro del valor de lo defraudado, sino

que va más allá de lo que en si puede ser considerado como delito o como elemento integrante del delito que ahora nos ocupa.

d) Elemento interno

En cuanto a este elemento, considero que debe entenderse como aquella conciencia o conocimiento que tiene el sujeto activo de la acción, para producir el ardid o engaño con el fin de que sea concretado en la defraudación patrimonial de una persona individual o jurídica que dentro de esta relación funge como pasivo de la acción.

I. El delito de apropiación indebida

Existen algunos puntos de similitud entre la estafa y algunos otros delitos patrimoniales como el hurto, el robo y la apropiación indebidas; coincidiendo todo en “su importancia debido a que su resultado es perjudicial a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque sus autores realizan un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece. En otras palabras, los efectos de esos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse la cantidad patrimonial que ha amasado, sino que se traducen de hecho, en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o bienes que constituyen el objeto del delito. Pero también existen diferencias que identifican a cada una de las figuras, por ejemplo: el desapoderamiento de la cosa en el hurto y en el robo no interviene la voluntad del pasivo, lo que sí sucede en la estafa aunque disuadida tal voluntad mediante el ardid o engaño. En la

apropiación y retención indebida el objeto llega a su disposición y la infracción consiste en el cambio de destino para el cual le han sido confiados los objetos”.¹³

De los delitos que nos interesa tener en cuenta en este apartado es el de apropiación indebida que tiene similitud con el delito de estafa, debido a que es la disposición de un bien, violando la tenencia jurídica, debido a que el poseedor obra como si fuera propietario del mismo; o que la cosa haya llegado a posesión del agente de un modo ilegal y que posteriormente la oculte, empeñe, grave o enajene en cualquier forma. Por ser importantes en el tema central que aborde, hago referencia de estas dos figuras penal para hacer una diferenciación de lo que debe ser regulado como delitos de administración fraudulenta.

3.5. Delitos regulado en el derecho penal económico

En el derecho penal económico, se contemplan algunas conductas de administradores como delictivas, contemplando a la vez algunos delitos sociales que pueden regular dichas acciones en contra del interés social de una entidad.

Entre estas acciones o regulaciones se contempla las siguientes:

¹³ Ob. Cit. Pág. 504.

a. El delito de falsedad de contenidos económicos en documentos sociales

En nuestro ordenamiento se encuentra normado en el Código Penal, como falsedad de documentos privados, específicamente en el Artículo 323. “Quién, en documentos privado, cometiera alguna de las falsificaciones a que se refiere los dos artículos anteriores (falsedad Material y Falsedad Ideológica)...”. En este sentido, nuestro ordenamiento da lugar a una persecución penal a instancia de parte, o de oficio cuando alguna autoridad es conocedora de este actuar por los sujetos activos de la acción; pero sin embargo, este delito en el ámbito puramente societario, debe darse una persecución distinta, toda vez que el administrador o socio que incurre en esta acción se encuentra investido de facultades que le permiten acceder y aprovecharse de los recursos sociales en perjuicio de los intereses de los demás socios, llevando con ello a realizar en concurso real o ideal, los delitos que se analizan en el presente trabajo.

Además es de considerar que los auditores o contadores públicos, pueden participar en la comisión de este delito, al ocultar la verdad de las finanzas en dichos documentos (privados), que si bien es cierto los administradores y directivos de la sociedad a la hora de realizar sus funciones de revisión y verificación pueden inducirlos a error, pero es poco creíble que esto pueda suceder cuando las divergencias entre la verdadera situación patrimonial, financiera o de resultados, la contabilidad y su soporte documental es de gran envergadura, como ha ocurrido en casos de gran trascendencia pública en nuestro medio social, donde la mayoría de entidades han ocultado el verdadero soporte económico de las mismas para captar más ingresos y de esta

manera perjudicar a otras entidades o personas individuales en su patrimonio, como ha ocurrido.

b. El delito de imposición de acuerdos abusivos

En cuanto a este delito, lo que debe de resaltarse es que la conducta típica de imponer acuerdos abusivos tiene que haber producido un beneficio económico cuantificado a los socios mayoritarios o personas ajenas, como parte del resultado típico. Dicho de otro modo, el acuerdo abusivo tiene que tener un contenido patrimonial concreto y haber sido ejecutado para poder ser penalmente tipificado. “La contrapartida de ese beneficio abusivo conforma, precisamente, el perjuicio de los demás socios, es decir, de los minoritarios, al que se refiere el tipo penal cuando alude a que la conducta tiene que realizarse en perjuicio de los demás socios. La cuestión a partir de aquí es, si el acuerdo impuesto abusivamente que ha beneficiado a la mayoría o personas ajenas, y si simultáneamente perjudica a los socios minoritarios, tiene también que haber perjudicado a la sociedad, en el sentido, de haber lesionado sus intereses”.¹⁴

En contra sentido, se dice que se vulneran los principios de subsidiaridad y fragmentariedad del derecho penal, cuando un acuerdo es impugnado por el mero hecho de haber sido adoptado, siempre que por su contenido lesione los intereses de la sociedad o de una persona individual en beneficio de uno o varios accionistas o terceras personas; sin embargo, cuando tiene un contenido económico lesivo a los intereses de la sociedad o de una persona individual, esta consumación exige, además,

¹⁴ Derecho penal económico, manual de formación continuada 14. Pág. 602 y 603

que el acuerdo haya sido ejecutado y se hayan producido consecuencias lesivas ya sea como beneficios o perjuicios ciertos y cuantificados.

c. El delito de imposición o aprovechamiento de acuerdos ficticios

Este delito equipara las conductas de imposición de un acuerdo lesivo adoptado por la mayoría de administradores, cuando dichos acuerdos sean inexistentes o ficticios, de los cuales los ejecutores de los mismos adquieren beneficios o se aprovechan de tal acuerdo fingiendo autenticidad aun sabiendo su inexistencia. Es por ello que no existe elemento típico alguno que permita exigir que quien se aprovecha de esa acción haya tenido que intervenir en el acuerdo, ni siquiera que tenga que actuar en connivencia con quienes lo imponen. Sin embargo, quienes se aprovechan de esta clase de acuerdos, basta que obtengan un beneficio, no necesariamente económico para sí o un tercero y que actúen con conocimiento de la naturaleza ficticia de la mayoría de personas que impusieron el acuerdo.

Aunque es verdad que no existe restricción de los posibles autores, lo cierto es que la imposición de un acuerdo por mayoría y de manera ficticia solo es imaginable, bien en el consejo de administración u órgano colegiado de administración de una sociedad, o bien en la junta general o asamblea general de socios, según la clase de sociedad de que se trate.

Es por ello que el elemento normativo “acuerdo lesivo” difiere sin fundamento alguno del empleado en el tipo penal referido a la imposición de “acuerdos abusivos” tal como



se ha ampliado esta definición en el punto anterior. En el mismo orden de ideas, el derecho de voto a quienes carecen de él o la negación ilícita del mismo implica simulación y engaño documentados la mayor parte de las veces frente a aquella parte de la sociedad que debe intervenir en la adopción de acuerdos. Si a esto se une el ánimo de perjudicar a la sociedad o que alguno de los socios mediante tal ficción obtiene un beneficio propio o ajeno, la naturaleza defraudadora y falsificadora del delito se considera consumado.

d. El delito de negación o impedimento del ejercicio de los derechos de los socios

En cuanto a esta posición, los administradores no pueden ser autores de este delito, porque no pueden negar o impedir el ejercicio del derecho de suscripción preferente, es decir, no pueden realizar la conducta típica, salvo por la vía de la autoría mediata, con las dificultades inherentes a esta clase de autoría, dada la naturaleza colectiva e indeterminada del supuesto sujeto instrumental del delito la junta general de socios o asamblea general de socios.

Ahora bien, el punto mínimo de partida para la interpretación del tipo penal debe ser la naturaleza total y absoluta de la conducta típica: negar o impedir, quiere decir, según este punto, no permitir el acceso del socio a ninguna clase de información que le reconoce la legislación mercantil o hacer uso de los derechos que se le confieren; pero siguiendo la metodología aplicada al análisis del tipo referido al derecho de suscripción, la total y absoluta ausencia de las causas que en las normas mercantiles permiten

negar el ejercicio del derecho de información, y que se refieren tanto al interés social, como a los principios de buena fe del socio y su deber de fidelidad a la sociedad.

Desde el punto de vista material esto quiere decir que la conducta típica debe ser de tal gravedad que imposibilite, dificulte u obstaculice el adecuado ejercicio de los derechos de voto y control de la sociedad que asisten a los socios según las leyes mercantiles, esto es con relación a su intervención en la junta general o asamblea general ya que estos son los intereses de los socios que subyacen al derecho de información.

e. El delito de negativa o impedimentos de las actuaciones inspectoras o supervisoras

Uno de los derechos de los socios es obviamente la de supervisar e inspeccionar al órgano de administración en cuanto a su actuar dentro de la sociedad que forma parte, proponiendo modificaciones e inclusive métodos de administración encaminados a desarrollar de buena manera los fines primordiales de la misma.

Sin embargo, al momento en el que el órgano de administración le limite este derecho al socio o socios, negándose presentar cuentas o impidiendo mediante métodos diversos el ejercicio de los derecho de inspección y supervisión, lo que puede ser considerado como un delito directo en contra de los socios afectados dado que el administrador debe subordinación a los socios y a la asamblea general o junta general como órgano superior. En España este delito se encuentra regulado en el Artículo 294 del Código Penal, y a pesar de que es un tipo penal concretado, no apunta o sugiere

ningún elemento que permita establecer una mayor gravedad de la conducta penal con respecto a las correspondientes e idénticas infracciones administrativas originadas por los propios administradores. En ese sentido, el interés administrativo de los socios se ve reflejado en las funciones inspectoras y supervisoras, pero sin embargo el delito protegería algo distinto, como podría ser el orden económico de las sociedades, como vengo haciendo alusión en los anteriores apartados; y según esto, no existiría delito si la negación o impedimento de la actuación administrativa no lesiona o no pone en peligro dicho orden económico que es el fin que se persigue con la creación de la norma penal.

3.6. El delito de administración desleal según el derecho económico

En cuanto a este delito, se dice que solo puede ser realizado por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, esto quiere decir que no están incluidos en él los supuestos de administración desleal de patrimonios de personas físicas sino únicamente de personas sociales o entidades mercantiles.

Ahora bien, entre los administradores de hecho a los que se refiere este delito es necesario incluir a los apoderados para actos concretos de disposición de bienes sociales, ya que en otro caso, quedarían fuera del tipo penal una parte muy importante de las conductas abusivas que perjudican su existencia, cometidas por otros sujetos que pueden realizar actos de administración dentro de una sociedad.

La conducta típica consiste en realizar actos de disposición de bienes sociales o contraer obligaciones a cargo de la sociedad, lo que conlleva que los autores tienen que realizar actos de dominio, es decir, actos que se refutan directamente a los dueños de los bienes que se enajenan, sin serlo legalmente pese a ello, no son actos de apropiación indebida como se ha querido tipificar en nuestro ordenamiento por no existir una figura penal concreta que abarque los elementos de este delito. Esto quiere decir que el dolo de administración desleal del patrimonio social es diferente al del de apropiación indebida. Pues este implica la voluntad de incumplir definitivamente la obligación de entregar o devolver lo que se recibió a diferencia del de administración desleal, que solo incluye los usos temporales perjudiciales que implican disposición de los bienes administrados o contratación de obligaciones a cargo de la sociedad que se administra. Debe tenerse en cuenta que la acción debe recaer sobre los bienes sociales, pese a que la perjudicada puede no ser la propia sociedad, ya que el tipo penal alude también como perjudicados a los socios.

Este delito debe ser considerado como especial por cuanto tiene su origen en la infracción de un deber específico de lealtad hacia los bienes sociales administrados por parte de personas determinadas llamadas administradores o los que hagan sus veces según disposición de ley.

“El delito se consuma cuando se produce un perjuicio económicamente evaluable que afecta directamente a los sujetos pasivos. Esto significa que es de los denominados delitos que resultan ser lesivos, es decir, que no se consuman con la mera puesta en peligro abstracto o concreto del bien jurídico protegido que no es otro, por cierto, que el

interés económico de los titulares de los bienes administrados, sino con su efectiva lesión o perjuicio”.¹⁵

3.7. Distinción entre la acción de administración societaria fraudulenta y la acción de estafa

Partiendo del entendido de que los administradores asumen, desde la aceptación de su nombramiento, el deber de fidelidad para con la sociedad que administran y que desde ese vínculo, administrador sociedad, debe existir un compromiso legítimo de tutela y administración de bienes y de la propia sociedad.

Es por ello, que en cuanto a la distinción de administración fraudulenta y la acción de estafa o apropiación indebida, cabe mencionar lo que para el efecto refiere la doctrina, los tratadistas hacen los esfuerzos necesarios para diferenciar, las dos últimas figura, reguladas en el Código Penal guatemalteco en los Artículos 263 y 272, como ya he desarrollado anteriormente estas dos figuras penales, en el sentido que en la primera de ellas, se pretende proteger la integridad del patrimonio social y a través de éste, la de los socios, que son los dueños de la sociedad. Y en el segundo caso el bien jurídico que se pretende proteger no es el patrimonio, sino la propiedad sobre bienes concretos. Por lo que para llegar a una conclusión primaria en cuanto a que supuestos regula las administraciones fraudulentas, puedo decir que los de este delito de ninguna manera pueden integrar la de los del tipo de estafa o de apropiación indebida, ya que en el caso de la administración fraudulenta, no aplica apropiación de dinero o cosas muebles

¹⁵ Derecho penal económico, Ob. Cit. Pág. 618.

entregadas mediante un título que obligue su devolución, sino consiste en los perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no a la propiedad de cosas determinadas en sí.

Ahora bien, hay quien ha entendido que la modalidad típica de la disposición fraudulenta supone que, en definitiva, lo que el autor de este delito lleva a cabo es un engaño a los socios que le han encomendado la gestión societaria, de ahí el término típico relativo a la defraudación. Y para notar diferencias concretas en estas dos figuras típicas, es necesario señalar que los términos “engaño” utilizado en el delito de estafa, y el término “fraudulentamente” en el caso de administración desleal, no pueden ser equivalentes. Sin embargo, no todas las conductas desleales son encuadradas en el delito de estafa, debido a la ausencia del elemento caracterizador de este delito, que es el engaño.

Para mejor ilustración del delito de estafa que se pretendió encuadrar en contra de un administrador de sociedades, en el ejemplo que citaré a continuación, en el que los jueces hacen una valoración y distinción de lo que es el engaño utilizado por un administrador en el ejercicio de sus funciones, que no obstante tener facultades para enajenar un bien propiedad de la sociedad, utiliza el engaño para defraudar a la misma, que si bien es cierto no se apropia del bien, debe tenerse en cuenta que si afecta al patrimonio social; en ese sentido, el Tribunal Supremo de España en la sentencia de 17 de marzo de 1981, absuelve al secretario del consejo de administración del delito de estafa que se pretende en su contra, toda vez que tenía amplias facultades para representar a la sociedad y para enajenar una finca propiedad de la misma, quién lo



hizo a precio muy inferior al valor real de dicho inmueble, el tribunal hizo la valoración siguiente:

“Que tampoco puede estimarse como constituyente de tal engaño... la enajenación de la finca descrita...por parte del secretario del Consejo, a quien a tal efecto se le había ampliado facultades para representar a la sociedad en dicha enajenación..., quien lo hizo por el precio de 1,900.000 pesetas, y según la resolución de instancia podría llegar en la actualidad a valer hasta 2.999.4000 pesetas, pues aunque tal negocio revista prima fase el carácter de un escandaloso fraude civil y mercantil no resulta encuadrable en ninguno de los supuestos típicos enunciados en el mencionado precepto penal (delito de estafa)..., puesto que ni el silencio sobre la enajenación realizada, por muy reprobable que sea puede legalmente asimilarse el engaño exigido en el tipo, al haber sido efectuado en escritura pública inscrita ante el Registro de la Propiedad que le otorga publicidad frente a todos; ni aunque en caso de serlo tendría los caracteres de antecedentes y causal que viene exigiendo esta Sala para dar lugar al delito de estafa, pues tal silenciamiento habría sido posterior a la venta realizada... en atención a todo lo que es necesario concluir que no existiendo en nuestra legislación penal actual, el delito de administración fraudulenta, los hechos establecidos como probados... no revisten los caracteres delictivos que en el motivo 2º. del recurso se le atribuyen...”¹⁶

Este es el ejemplo que nos da a entender que aunque exista el delito de estafa y que sea utilizado para reprimir algunas conductas realizadas por los administradores de bienes, no basta para darle protección absoluta a los bienes de una sociedad o de un

¹⁶ Castro Moreno, **Ob. Cit.** Pág. 359.



particular como hemos visto, que en todo caso se debe crear el delito de administración fraudulenta para reprimir dichos actos que no son encuadrables en la actualidad en el delito de estafa o de apropiación indebida, toda vez que dichos delitos protegen conductas que si bien es cierto son similares no se logra abarcar la totalidad de sus conductas atípicas y antijurídicas como muy bien lo hace ver el administrador de justicia en el ejemplo anterior.





CAPÍTULO IV

4. De la administración societaria fraudulenta regulada en otras legislaciones

Existen muchos ordenamientos legislativos en otros países que le otorgan un apartado al delito de administración societaria fraudulenta, debido a que dichos países han observado la necesidad de proteger el patrimonio y buen funcionamiento por el cual han sido creadas las entidades mercantiles, que por su especial contacto con la sociedad en general estas deben ser protegida al máximo de ser objeto de aprovechamientos económicos o patrimoniales dejándola vulnerable tanto a la propia entidad así como a las sociedades que tiene contacto y relación económica mercantil con la misma.

4.1 Administración societaria fraudulenta

La administración societaria fraudulenta es el ataque que sufre un bien jurídico a través de la infracción de un deber extrapenal, materializado en la confianza en la que se basa el nombramiento de un administrador único o representante legal de una sociedad mercantil, quedando desde ese momento investido, en virtud del nombramiento de los poderes o facultades que la ley, la escritura constitutiva o las otorgadas en la propia acta notarial de nombramiento.

De igual manera puedo decir que es la acción antijurídica realizada por las personas que tienen a su cargo el manejo administrativo de una sociedad mercantil, el cual



puede comprobarse únicamente agotando la vía civil mediante el juicio oral de rendición de cuentas y si de esta resultara realmente algún ilícito, debe llevarse la persecución penal en ese ámbito, toda vez que la rendición de cuentas únicamente determina si el administrador realiza los actos propios de su administración de acuerdo a los hechos autorizados o facultados; sin embargo, por no existir una figura delictiva que lo sancione penalmente, debe recurrirse al delito de estafa u otros similares que probablemente encuadrarían la conducta realizada por dichos administradores, pero que resulta realmente agotador y excesivamente oneroso al realizarse dos procedimientos para poder llegar a castigar la conducta contraria a los intereses económicos de la sociedad.

Ahora bien, dentro de los elementos que conforma esta figura penal podemos mencionar a los propios e impropios; los primero son atribuidos a los que idóneamente pueden cometerlos sin intervención de terceros; no así los otros, que son aquellos delitos cometidos por los sujetos inidóneos para su ejecución, por la función que realizan fuera de la entidad social en contubernio con terceros interesados en realizar actos en beneficio propio y en contra de los intereses de la sociedad a la que van dirigidos dichos actos.

En virtud de que con ello se pretende regular las conductas fraudulentas y proteger los intereses de los agentes mercantiles que actúan de buena fe en el mercado, la naturaleza jurídica de estas figuras debe ser enmarcada dentro derecho público, toda vez que los delitos de administración fraudulenta deben ser regulados e incluidos como delitos especiales, debido a que la necesidad misma de regular dichos delitos hace

necesario su inclusión al saber que año con año personas jurídicas mediante las formas que la ley permite para asociarse cometen actos reprochables por el conglomerado social, y que en todo caso, si existiese normas reguladoras específicas de dichas conductas, los bienes sociales y civiles, se verían verdaderamente protegidos por el Estado.

Las modalidades del delito de administración fraudulentas son dos y alternativas; la primera consiste en la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad, exigiéndose que el objeto de la acción recaiga sobre los bienes que constituyen el haber social. Por disposición puede entenderse tanto conducta apropiadora que impliquen una atribución de dominio definitiva, como actos dominantes que conlleven una voluntad de apropiación; en lo personal, considero que existen una delgada línea que separa éste delito con el de apropiación indebida, por cuanto que existen supuestos en los que la actividad del administrador acaba en la apropiación definitiva de algún bien social o particular integrándolo en su patrimonio, conducta que lleva a compartir un amplio campo común con el delito de apropiación indebida. Ahora bien, dentro de la palabra disponer pueden incluirse supuestos de aprovechamiento de bienes que integran el patrimonio social sin que la sociedad o los socios obtengan beneficios directos, sino por el contrario son los administradores los llamados a obtener dicho beneficio en nombre propio o a favor de un tercero.

La segunda modalidad comisiva es la de contraer obligaciones a cargo de la sociedad, en su perjuicio, y que sean en beneficio del sujeto activo o de un tercero; esta conducta puede tenerse como una administración abusiva, pues se aprovecha del uso que el



sujeto activo ostenta para la obtención de ventajas que aparentemente no provienen de la entidad defraudada.

Los sujetos de la acción son aquellas personas individuales o jurídicas a quienes se atribuye una determinada conducta contraria a la ley; su clasificación se da en activos y pasivos. Es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida la acción, ni por consiguiente realizada la misma, sino por una persona humana. “El sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que lo comete es activo primario, el que participa es activo secundario”.¹⁷ En ese sentido, en cualquier proceso, los sujetos a quienes se les puede atribuir una conducta que merece una sanción ya sea de carácter administrativa o de carácter penal nuestro ordenamiento legal distingue dos clases de partícipes en el delito, por un lado a los autores quienes pueden ser intelectuales y materiales, dependiendo la función que realicen en la consumación de los actos calificados como delitos, esto en los delitos comunes que regula el actual código penal.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta la gran importancia que le da la doctrina internacional a las autorías en el ámbito societario, pues ella puede distinguir como supuestos autores, dependiendo el tipo penal-societario que lo configure, tomando en cuenta las particularidades de los hechos que nos llevará a una determinada imputación de autores y partícipes del hecho punitivo o contrario a la ley.

¹⁷ De León Velasco y de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 221.



Salvo los delitos societarios relativos a acuerdos sociales, los demás aluden expresamente a que sus autores solo pueden ser los administradores de hecho o de derecho y, en el caso del delito de administración desleal, también pueden ser considerados como autores a los socios de la misma. En cuanto a la atribución de los partícipes en el hecho punitivo, en esta tipificación están los administradores de hecho o de derecho, así como los socios de la misma, quienes pueden ser partícipes directos o indirecto, o que pueden ser considerados de acuerdo a los aportes que presten en la consumación del delito, o la omisión de sus denuncias con las que pudieran evitar la consecuencia ulterior del delito.

Como en repetidas oportunidades me referido a los llamados administradores de hecho sin haberme pronunciado en que consiste esta figura. Para mayor ilustración, “en el ámbito de los delitos societarios, el administrador de hecho es la persona o personas que fácticamente tiene el dominio social del hecho delictivo que se les atribuye a una entidad mercantil; y no son administradores de derecho, ni tienen el dominio social del hecho y en este caso solo pueden ser partícipes, de los delitos que exigen esas cualidades en el autor”.¹⁸

“En este contenido puramente fáctico del concepto penal de administrador de hecho lo diferencia del concepto mercantil, que lo refiere a situaciones provisionales de administración o de ausencia de todos los requisitos legales para serlo. Tales casos están incluidos en el concepto penal, aunque no son, ni mucho menos, los únicos. Pese a no estar vinculado a la posibilidad legal, siquiera provisional, de representar u obligar

¹⁸ Derecho Penal Económico. Ob. Cit. Pág. 580.

a la sociedad, el concepto de administrador de hecho no se refiere a todo directivo cualificado, o a todo aquél que tiene una relevancia real, incluso especial, en la gestión. Mucho más precisamente, administrador de hecho es quién tiene el dominio social del hecho delictivo, lo que quiere decir que, sin ser administrador de derecho, puede, no obstante, realizar las concretas conductas típicas como autores directos, coautores o autores mediatos”¹⁹.

El delito del que vengo haciendo referencia hasta este momento, refleja un resultado lesivo por cuanto se exige la acusación directa de un perjuicio económico evaluable ya sea a los socios o en otros casos se considera que puede ser a la propia sociedad como debe ser. Se considera como principales sujetos pasivos al “titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito. Es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito”²⁰. En el presente caso puedo referir en primer lugar a los socios quienes de hecho representan los intereses internos de la sociedad, pero, por el hecho de que no todos los socios pueden compartir los mismos intereses, y se da a menudo una dualidad entre intereses personales e internos, el perjuicio al que debiéramos referirnos en el precepto penal posible, es el que se vincula de forma directa a la condición de socio, como sujeto perteneciente a la sociedad, que ha participado con aportación de capital que se administra de forma desleal. Sin embargo, soy de la opinión que debe considerarse como sujeto pasivo de la acción a la propia sociedad, con el fin de que todos los socios puedan participar en el proceso de

¹⁹ **Ibid**, págs. 580 y 581.

²⁰ De León Velasco y de Mata Vela. **Ob. Cit.** Pág. 226.



impugnación en contra del que resulte responsable del ilícito, y que sea el órgano jurisdiccional que determine la legitimidad del accionante.

Por una parte, se ha venido manifestando que los delitos societarios son aquellas acciones que cometen los administradores, socios o accionistas en el ejercicio de sus funciones o no, que desempeñan en nombre de la sociedad, y que son lesivas o en perjuicio del patrimonio social, que como agraviados pueden ser los socios, depositarios y otros titulares de bienes y valores de capital que están administrados por el órgano de gestión de la sociedad. Ante ello se puede concluir que el bien jurídico que se pretende tutelar en este aspecto, es el patrimonio social.

En otro orden de ideas, los delitos societarios también deben proteger como bien jurídico la seguridad en la oferta de títulos y el orden socioeconómico de los que participen de modo permanente en las actividades mercantiles, ejerciendo las actividades que contempla el objeto social por la que fueron creadas.

Por otro lado, se dice que el bien jurídico protegido, como lo señala la doctrina será el patrimonio en el mismo sentido genérico como lo contempla el delito de estafa, pero incluso hay autores que añaden que además del patrimonio de los sujetos relacionados a una entidad o en el tráfico mercantil, también puede considerarse como bien jurídico protegido, el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles y recuperar la seguridad jurídica que han perdido por los malos usos que de ellas se han hecho.



Por lo anterior, veo la necesidad de incluir en el ordenamiento jurídico guatemalteco algunos delitos que conllevan todas aquellas conductas anti sociales, con el fin de que el desenvolvimiento jurídico mercantil tengan la seguridad que desde el Estado como garante del mismo, debe de otorgar a todos aquellos fenómenos que surgen en el desarrollo complejo de estas acciones.

4.2. Clases de delitos que engloba la administración societaria fraudulenta

Aunque mi propuesta puede tener modificaciones debido a las particularidades de las conductas que se deseen regular, puedo citar algunos delitos objetos de la presente tesis y entre ellos los siguientes: a) delito de falsedad de contenido económico en documentos sociales; b) delitos de falsedad societaria; c) delito de imposición de acuerdos abusivos; d) delito de imposición de aprovechamiento de acuerdos ficticios, e) delito de negación o impedimento del ejercicio de los derechos de los socios, f) delito de negativa o impedimento de las actuaciones inspectoras o supervisoras, y g) delito de administración desleal; aunque he de reconocer que los delitos propuestos anteriormente pueden ser objeto de modificación, debido a que aún falta analizar los delitos que otros países incluyen para reprochar acciones fraudulentas de administración desleal lo que ampliará hasta este momento lo visto al respecto.

4.3. Doctrinas que pueden aplicarse al derecho penal societario

Para dar seguridad y herramientas al investigador de un delito societario quisiera hacer alusión a la doctrina del levantamiento del velo, debido a que mediante esta doctrina,

se podrá establecer quienes son los verdaderos responsables de una actividad delictiva cuando los hechos externos demuestren que existe una conducta antijurídica pero que no se tenga asegurado quién es el verdadero responsable, debido a que en oportunidades puede ser compleja la administración de una sociedad y mediante esta técnica puede llegarse a la verdad requerida en el derecho penal para que toda conducta antijurídica pueda ser penada.

a. Doctrina del levantamiento del velo

Como he manifestado en puntos anteriores, puede existir lesión societaria fraudulenta realizada tanto por el administrador de hecho o por el mismo administrador de derecho, a quienes nuestro ordenamiento penal debe considerarlos como “autores de los delitos societarios especiales, toda vez que son los que administran legalmente los grupos de empresas, que se caracterizan, precisamente”²¹, porque la dirección económica del grupo es asumida por una sociedad dominante, quien en muchas oportunidades es la que realiza los hechos delictivos sin hacerse notar en el ámbito de la acción, es por ello que manifiesto que puede y debe existir en el derecho penal la técnica del levantamiento del velo para acceder al verdadero responsable de los hechos delictivos.

“Como es sabido, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos y de otras jurisprudencias, desde donde se ha demostrado que esta técnica puede ser utilizada, obteniendo e introduciendo los supuestos en los que puede levantarse el velo de las

²¹ Derecho Penal Económico, **Ob. Cit**; págs. 581 y 582



sociedades y las consecuencias jurídicas que ello puede producir”²². Siguiendo en este tema, lo que puede ser una herramienta para poder tipificar el delito que venimos haciendo referencia, se puede decir a simple vista que en la gran mayoría de los casos no hará “falta recurrir al levantamiento del velo de la personalidad jurídica de una sociedad para fundamentar la existencia del hecho delictivo, ya que la utilización de sociedades para la comisión de delitos no es más que eso, es decir, parte de la ejecución de los hechos que integran la conducta delictiva de una persona”²³. De igual manera “el levantamiento del velo no es una técnica para sustituir la falta de prueba, sino una forma de investigar la tipicidad penal”²⁴, o mejor dicho “es una forma de subsumir los hechos en un concreto tipo penal, una vez probada la utilización de una sociedad para ejecutar el plan delictivo”²⁵.

Para hacer un registro informativo, “esta técnica surgió y se ha desarrollado con el fin de hacer responder a los socios por las conductas y deudas de la sociedad, pero no a la sociedad por las de los socios. Fuera de estos casos, la autonomía patrimonial de la sociedad no puede trivializarse, porque, cumple una función de garantía irrenunciable frente a terceros, trabajadores, proveedores, acreedores, socios y en general quienes se relacionan con la actividad de la sociedad”²⁶.

²² **ibid.** Pág. 582

²³ **ibid.**

²⁴ **ibid.**

²⁵ **ibid.**

²⁶ **ibid.**



4.4. Regulación del delito de administración desleal en el derecho comparado

Para fundamentar lo que hasta este momento hemos venido haciendo alusión, es preciso hacer un estudio a lo regulado por otros países respecto al tema abordado en la presente tesis, con el fin de enriquecer nuestros conocimientos y fundamentar de mejor manera la misma; entre los países que estudiaremos se encuentran: Alemania, Francia e Italia.

I. Ordenamiento alemán

“La regulación del delito de administración desleal existente en Alemania se encuentra entre la de aquellos países que han optado por la creación de un delito genérico de infidelidad patrimonial y, en consecuencia, no restringido al ámbito societario”²⁷. Entre las conductas tipificadas como administración desleal, se encuentran las siguientes:

a) La deslealtad

“El Código Penal alemán a diferencia del español, conoce desde el año de 1871 la figura típica de administración desleal del patrimonio ajeno, configurando como un delito autónomo del de apropiación indebida.

El artículo 266 del Código Penal alemán establece lo siguiente:

²⁷ Castro Moreno, *El delito societario de administración desleal*. Pág. 143

1. El que abuse de las facultades que le han sido otorgadas por la ley, comisión de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o el que por ley, comisión de autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza tenga el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos, los lesione ocasionado de esta forma daño a los intereses que le han sido confiados, será sancionado con privación de libertad de hasta cinco años o con pena de multa.

2. En los casos específicamente graves la pena privativa de libertad será de uno a diez años”.²⁸

De la lectura del Artículo anterior podemos darnos cuenta que en el ordenamiento alemán este delito no está dirigido únicamente al ámbito societario, sino que es mucho más amplio el ámbito que abarca al indicar que el que abuse de las facultades que le han sido otorgadas por la ley, comisión de autoridad o por un negocio jurídico, esto quiere decir que recae no solo en el ámbito societario sino también en el civil, ampliando el campo de aplicación; y con otra modalidad que hay que resaltar, que es la de penalizar gravemente el hecho cuando este sea considerado así a juicio del juzgador.

b) Bien jurídico protegido

“El Artículo 266 contiene en su estructura dos tipos penales distintos. Por un lado, el tipo de abuso, cuya finalidad es la de proteger al titular del patrimonio administrado en

²⁸ Castro Moreno. Ob. Cit. Pág. 144.

las llamadas relaciones externas; es decir, frente a las extralimitaciones del administrador respecto a los poderes de obligar en las relaciones con terceros. Por otro lado, contiene el tipo de infidelidad que tiene por finalidad la protección del titular del patrimonio administrado en las denominadas relaciones internas; es decir, en las relaciones entre el administrador y el titular del patrimonio administrado, evitando las lesiones que puedan causarse a dicho patrimonio por infracción del administrador del deber de cuidado de los intereses patrimoniales ajenos que le han sido confiados. Por tanto, en ambas modalidades se trata claramente de delitos patrimoniales, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio”.²⁹

c) Sujetos activos

Partiendo del hecho de que el delito objeto de estudio, en el ordenamiento alemán es considerado como especial, “en la medida en que solo pueden ser autores quienes tengan atribuidas por la ley, negocios jurídicos o comisión de la autoridad, las facultades necesarias para disponer o contraer obligaciones con cargo al patrimonio ajeno que les ha sido confiado para administración, o para lesionarlo infringiendo el deber de custodia que les incumbe. De este modo, sólo podrán ser sujetos activos del delito quienes se encuentren en una situación especial contemplada por la norma respecto del objeto de la acción”³⁰. “Además, se trata de un delito especial propio al no existir otro delito común que tipifique la misma conducta sin exigir a los autores las características especiales arriba reseñadas. Y es que no puede ser de otra manera, ya

²⁹ Castro Moreno. **Ob. Cit.** Pág. 145.

³⁰ **Ibid**, pág. 146.

que difícilmente alguien puede disponer o contraer obligaciones a cargo de un patrimonio ajeno sin poseer poder para ello proveniente de un negocio jurídico, de una comisión de la autoridad o de una imposición legal”³¹.

“En ese sentido, será autor aquel que infringe el deber específico, con independencia de la naturaleza de su aportación. Se trata de delitos en los que la participación decae en favor de una autoría más amplia. Tan amplia, que no existe obstáculo alguno en castigar por este tipo penal a los administradores de hecho, pues también puede infringirse el deber específico quien se halla en una relación de hecho del encargado de guardar un patrimonio. Mas discutida es, sin embargo, la posible contemplación de los administradores de hecho en relación al tipo de abuso de poderes, el hecho que éste exige al autor poder de disposición o de obligación emanado de un negocio jurídico, comisión de la autoridad o mandato legal”³².

d) Conducta típica en la comisión de este delito

“Ya se ha adelantado con ocasión del bien jurídico que el Artículo 266 del Código Penal alemán, contiene en sus enunciados dos tipos penales distintos o al menos diferenciados a saber, el tipo de abuso de poderes y el tipo de deslealtad”³³, y para hacer un análisis de cada uno de esos enunciados lo haremos de la siguiente manera:

³¹ **Ibid**, pág. 147.

³² **Ibid**.

³³ **Ibid**, pág. 148.



A. El tipo de abuso de poderes

Este tipo, estaría fundamentado por el primer inciso del Artículo 266 del Código Penal alemán, que regula: “El que abuse de las facultades que le han sido otorgadas por ley, comisión de la autoridad, o por un negocio jurídico, para disponer de un patrimonio ajeno o para obligar a otro... ocasione de esta forma un daño a los intereses que le han sido confiados...”

“La modalidad típica del abuso de poder o de confianza se caracteriza por el uso abusivo de los poderes de representación que le han sido atribuidos al administrador, obligando al titular del patrimonio administrado por encima de los márgenes sobre los que se estableció la representación. Como puede apreciarse, desde el punto de vista de la conducta, esta modalidad típica coincide en esencia tanto con las propuestas planteadas en España, pues se compone de dos modalidades a saber, disponer abusivamente del patrimonio ajeno u obligar a otro”³⁴.

B. El tipo de deslealtad

“El tipo de deslealtad o tipo de ruptura de la fidelidad radica básicamente en el quebrantamiento de la obligación de obrar en interés de un tercero cuyo patrimonio le ha sido confiado al autor; se dice que se obra en contra del interés de un tercero, no hace alusión específica a una sociedad como se ha venido haciendo referencia en el título de delitos societarios de administración fraudulenta. La conducta típica consiste,

³⁴ *Ibid*, pág. 149.

pues, en perjudicar el patrimonio cuya administración se tiene confiada con infracción de los deberes de fidelidad”³⁵. En ese sentido la doctrina alemana, reconoce dos restricciones de este tipo de delito, en el sentido que en primer lugar se apoya en la idea de admitir la tipicidad únicamente cuando el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos represente el contenido típico y esencial de la relación de fidelidad de que se trate el deber principal. En segundo lugar, se basa en el alcance que haya de conferirse al propio deber patrimonial de custodia que incumbe al autor, en el sentido de exigir que el sujeto obligado por la relación de lealtad posea una plena facultad de decisión autónoma para el cumplimiento de un deber patrimonial que además se suma con relación a verdaderos negocios jurídicos.

C. Comisión por omisión

“En Alemania se admite la posibilidad de cometer el delito por omisión, especialmente en lo que se refiere a la modalidad típica de la deslealtad, cuya esencia consiste en la infracción del deber, y en los supuestos de ausencia del incremento patrimonial esperado. En este sentido, se viene manteniendo la idea de que quien tiene el deber de cuidar los bienes que administra se encuentra en situación de garante, lo que permitiría imputarle el resultado a título de autor”³⁶. La administración desleal en Alemania es un delito especial frente a la apropiación indebida, porque no está claro que el Artículo 266 de administración desleal, excluya las conductas desleales con el fin de apropiarse del bien, porque además, el delito de apropiación indebida alemán no exige la existencia

³⁵ **Ibid**, pág. 150.

³⁶ Castro Moreno, **Ob. Cit**; pág. 157.

de una relación de administración necesariamente. Por ello no debe ser extraño a nuestros conocimientos la administración desleal pueda tener una pena superior a la prevista para la apropiación indebida que regula nuestro ordenamiento jurídico actual.

II. Ordenamiento francés

En el ordenamiento jurídico francés se regula la administración desleal desde los puntos de vista siguientes: administración desleal de sociedades anónimas, administración desleal de sociedades de responsabilidad limitada, administración desleal de sociedades de construcción, administración de sociedades civiles autorizadas para acudir al ahorro público, administración desleal de sociedades cooperativas y administración de sociedades en liquidación.

“En ese sentido, se dice que el ordenamiento francés contempla el delito de administración desleal de sociedades desde el primer tercio de siglo. No obstante este delito no puede decirse que haya nacido de la nada, pues su origen se encuentra en la necesidad de represión de algunos grandes escándalos financieros que asolaron Francia entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En efecto, a falta de una regulación específica la jurisprudencia utilizaba el delito de abuso de confianza para reprimir estas conductas; que actualmente se encuentra regulado en el nuevo código penal francés en el Artículo 314.1, en los siguientes términos: “El abuso de confianza es el hecho cometido por una persona consistente en desviar, en perjuicio de otro, fondos, valores o cualquier bien que le haya sido remitido y que ha aceptado la

restituirlos, de representarles o de hacer un uso determinado. El abuso de confianza es castigado con tres años de prisión y multa de 2.500.000 francos”.³⁷

“Con esta regulación se reprimía algunas de las conductas desleales que los dirigentes sociales llevaban a cabo en perjuicio de la sociedad. Pero no obstante, la aplicación del delito de abuso de confianza no podía cubrir completamente el amplio conjunto de conductas desleales de los dirigentes sociales por diferentes motivos”.³⁸

“Uno de los problemas centrales de la aplicación del abuso de confianza a los dirigentes sociales lo planteaba la enumeración taxativa de los distintos contratos y relaciones en que se puede fundar la relación de confianza en el delito de apropiación indebida francés, entre otros los de arrendamiento, depósito, mandato, fianza y préstamo. Un simple vistazo a dicha enumeración bastaba para poner de manifiesto la ausencia del contrato de sociedad entre los ahí contemplados. Sin embargo, ello no supuso en la práctica un gran obstáculo para la jurisprudencia francesa que con apoyo de algún autor solventó tal problema con la creación de la llamada teoría del mandato general, o también conocida como teoría de mandato social, en virtud de la cual se entiende que todo dirigente social esta investido de un mandato general de administrar los bienes sociales en interés de la sociedad. Se trataría, pues, de un mandato implícito entre los administradores y los asociados de la sociedad ”.³⁹

³⁷ *Ibíd.* Pág. 25

³⁸ *Ibíd.*, pág. 26

³⁹ Castro Moreno. *Ob. Cit.* Pág. 27.

La utilización de esta teoría encontraba apoyo legal en el Artículo 22.1 de la Ley de Sociedades Comerciales, que disponía que: las sociedades serán administradas por uno o varios mandatarios temporales. “Sin embargo, el problema vuelve a plantearse en la medida de que la tesis sostenida en cuanto a que los administradores son simples mandatarios sociales se ha ido paulatinamente abandonando. En efecto, en la actualidad tanto la doctrina francesa y española entre otras, coinciden al afirmar que la naturaleza de la relación entre los administradores y la sociedad es orgánica. No tratándose de un contrato de mandato será difícil aplicar el delito de apropiación indebida”.⁴⁰ “En efecto, mientras que los dirigentes sociales ejercían sus poderes sobre el conjunto del patrimonio social con independencia de los bienes o derechos que lo integran, el objeto recogido en el delito de abuso de confianza es mucho menos amplio al incluir solamente los efectos, dinero, mercadería, billetes, recibos y otros escritos que contengan o den lugar a una obligación de descargo. Aunque los actos fraudulentos de los administradores recaigan frecuentemente sobre alguno de los objetos recogidos en el delito de abuso de confianza, resulta evidentemente que no todos los actos abusivos o efectos de los dirigentes que versen sobre el patrimonio social configuran el delito de abuso de confianza, especialmente aquellos supuestos en los que el acto abusivo tenga por objeto algún bien inmueble”.⁴¹

Posteriormente “se presentó un proyecto legislativo por Fladin y Pernot en nombre del gobierno en la secretaría de la cámara, con el que se pretendía modificar el Artículo 15 de la Ley de Sociedades, para introducir, junto a los otros delitos allí regulados, los

⁴⁰ **ibid**, pág. 28.

⁴¹ **ibid**.

delitos de abuso de bienes y del crédito de la sociedad, así como el abuso de los poderes sociales, y el voto de la misma. Pero después de varios proyectos en el año 1935 vio la luz el Decreto-Ley de fecha 8 de agosto de 1935 en el que por primera vez, se recoge como derecho positivo el delito de administración social fraudulenta”.⁴² Ahora bien, para tener claro lo que la legislación francesa regula en cuanto al delito de administración desleal de sociedades por acciones, en el que nos ilustra dicha legislación cuales pueden ser los alcances y beneficios obtenidos de ella.

- **Administración desleal de sociedades por acciones**

Dentro de las sociedades por acciones se encuentra las siguientes:

a) Administración desleal de sociedades anónimas

“El delito de abuso de bienes o del crédito de sociedades es sin duda, uno de los delitos más frecuentes e importantes del derecho penal societario francés.

En ese sentido el Artículo 437 regula que: “Serán castigados con prisión de uno a cinco años y con una multa de 2.500.000 francos... 3º. El presidente, los administradores o los directores generales de una sociedad anónima que, de mala fe, hayan hecho de los bienes o del crédito de la sociedad un uso que ellos sabían contrario al interés de ésta,

⁴² *Ibid*, pág.30



confines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la cual estaban interesados directa o indirectamente”⁴³.

Este artículo es claro y se dirige directamente a los administradores o directores generales de una sociedad anónima, a diferencia de lo regulado en el ordenamiento jurídico alemán en la cual la normativa es amplia ya que no está dirigida solo a los administradores sociales si no que a todos aquellos administradores de bienes.

b) Bien jurídico protegido

Ahora es importante establecer que para la legislación francesa el bien jurídico protegido mediante esta norma, la encontramos a partir de que la infracción exige para poder ser apreciada como tal, que el acto sea contrario al interés social y a simple vista se concreta en la defensa del interés social en cuanto a la protección directa del activo de la misma. Aunque otras doctrinas directamente se dirige a indicar que la protección es del patrimonio social, noción que es mucho más amplia que la de activos sociales como se dijo anteriormente; por lo que queda claro que la doctrina francesa se concreta en regular que ese delito protege la propiedad de la sociedad a través de la defensa de su patrimonio. Pero lo más importante pueda ser resaltado en cuanto a la protección de los intereses de terceros que contratan con la sociedad, y especialmente los de los acreedores, para quienes el patrimonio social es la garantía en la que ven satisfechos o cubiertos sus créditos. De igual manera se ha dicho que la protección también se

⁴³ *Ibid.* Pág. 36.

extiende a los socios, quienes han sido considerados como los auténticos propietarios de la sociedad.

c) Sujetos activos

Para establecer cuáles son los sujetos activos de la comisión del delito en cuestión, de la lectura de dicho artículo, puedo incluir que como sujetos activos se reconocen a los administradores, a los directores generales de la sociedad anónima y a los gerentes de las mismas, y todo aquel que ejerza actividades de administración o que realicen actos relativos a este delito pueden ser incluidos dentro de los supuestos de la misma.

En relación a los presidentes, la experiencia común establece que ellos no tienen actividades directas de administración por el papel que desempeñan dentro de la sociedad, pero es también cierto que en ocasiones si puede ser partícipe de una acción de esta naturaleza ya sea por disposición legal o por acuerdo de los socios o accionistas. Aunado a ello también se puede genera una problema torno a los gerentes o administradores de hecho, en Francia el concepto de dirigente de hecho se ha utilizado para referirse a los accionista o asociados mayoritarios de las sociedades. El concepto de gerente de hecho fue consagrado por la jurisprudencia del consejo de estado en materia fiscal, siendo posteriormente extendido al ámbito penal. Es por ello que “las resoluciones de los tribunales franceses consideraron que los delitos de abuso de los bienes, del crédito y de los poderes sociales no podían ser imputados a los gerentes de hecho por no existir ninguna disposición formal que permita tal extensión del ámbito típico. Sin embargo, en 1964 en Francia se produjo un cambio



jurisprudencial tendente a castigar como autores a los gerentes y administradores de hecho”.⁴⁴

d) Conductas típicas

“Los elementos constitutivos de las infracciones del delito en referencia son: el uso de mala fe de los bienes o del crédito de la sociedad en forma contraria al interés social y en beneficio personal o de terceras personas en relación al sujeto activo de la acción. En ese sentido la mayoría de las doctrinas clasifican a estos requisitos en torno a tres elementos: 1º. El uso de los bienes, del crédito o de los poderes contrarios al interés social; 2º. La búsqueda de un beneficio personal, y 3º. La mala fe”⁴⁵, para ejemplificarlo de mejor manera. A pesar de la distinción de estos elementos, lo cierto es que todos los aspectos de la infracción están a menudo vinculados y se apoyan mutuamente, el culpable actúa de mala fe porque sabe que el uso es contrario al interés social, y generalmente es contrario a este interés porque obra en interés personal o de tercero.

Para saber detalladamente cada uno de estos elementos es necesario profundizar en relación a ellos. Y es que el uso o empleo de los bienes o del crédito en contra del interés social, debe entenderse como esos términos en sentido amplio o extensivo. Por ello, el uso no solo incluye únicamente los actos consistentes en una apropiación, sino que también abarca los simples empleos abusivos de carácter meramente temporal y

⁴⁴ *Ibid*, pág. 39 y 40.

⁴⁵ *Ibid*, pág. 41

con intención de restitución o devolución de los manejos hechos. De este modo no es necesario que exista una transmisión de la propiedad del objeto del delito, porque son actos que se ejemplifican como usuales siendo estos: el hacer pagar a la sociedad gastos de los dirigentes sociales de carácter estrictamente personal, beneficiarse de préstamos o anticipos, garantizar con bienes de la sociedad deudas personales de los administradores, atribuirse remuneraciones excesivas o injustificadas, compra a nombre de la sociedad bienes a un precio muy superior al real, la enajenación o el alquiler de bienes sociales a precios muy bajos, la utilización de fondos para alimentar la tesorería de otras sociedad de la que el autor es también dirigente, la atribución de créditos y comisione injustificadas contra la sociedad.

De igual manera el concepto de bienes sociales ha de entenderse de forma muy general, por tratarse de una fórmula comprensiva que engloba todo el patrimonio, mobiliario e inmobiliario de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza de estos bienes: dinero y fondos sociales, las mercancías, el mobiliario, créditos, derechos como patentes, derechos o elementos patrimoniales incorporales o intangibles, trabajadores de la sociedad, cuyo destino es la realización del objeto o del interés social.

- **Administración desleal de sociedades de responsabilidad limitada**

Este delito lo regulan el ordenamiento francés en el "Artículo 425.4 de la Ley de Sociedades Comerciales núm. 66/537, de fecha 24 de julio de 1966, que establece lo siguiente:

Serán castigados con prisión de uno a cinco años y con multa de 2.500.000 francos, o con una de estas dos penas solamente:

4º. Los gerentes que, de mala fe, hayan hecho de los bienes o del crédito de la sociedad un uso que ellos sabían contrario al interés de ésta, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la cual estuvieran interesados directa o indirectamente.”⁴⁶ En el mismo cuerpo legal regula en el numeral “5º. Los gerentes que, de mala fe, hayan hecho de los poderes que poseían o de los votos de los que disponían en esta calidad un uso que ellos sabían contrario a los intereses de la sociedad, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la cual estuvieran interesados directa o indirectamente”.⁴⁷ Con estos preceptos o normativos jurídicos, el ordenamiento francés trata de abarcar las distintas conductas posibles que pueden incurrir los sujetos activos del delito, que en el presente caso serían los gerentes de dicha sociedad.

- **Administración desleal de sociedades civiles autorizadas para acudir al ahorro público**

“En este caso, la legislación francesa contempla dos tipos de administración desleal: el primero de ellos es el uso abusivo de los bienes o del crédito regulado en el Artículo 24.3 y el uso abusivo de los poderes sociales Artículo 24.4 del mismo cuerpo legal citado; tomando en cuenta que este tipo de sociedades tienen por objeto la adquisición

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 94

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 94 y 95.

y exportación de patrimonio inmobiliario, el legislador francés no ha querido transformar a este tipo de sociedades civiles en mercantiles para no privar a los asociados de las ventajas físicas de las que se benefician las mismas. De igual manera el Artículo 24.3 establece que: serán castigados con prisión de uno a cinco años y con multa, o con una de estas dos penas solamente, los miembros de órgano de gestión, de dirección o de administración que:

3º. Hayan de mala fe, hecho de los bienes o del crédito de la sociedad un uso que sabían contrario al interés de ésta, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la cual estaban interesados directa o indirectamente. En el mismo orden, el Artículo 24.4 castiga a las mismas personas señaladas anteriormente, que: 4º. Hallan, de mala fe, hecho o de los poderes que poseían o de los votos de los que disponían en esta calidad un uso que ellos sabían contrarios al interés de la sociedad, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que estaban interesados directa o indirectamente”.⁴⁸

Con estas normas, el ordenamiento francés, demuestra claramente que su fin es penalizar todas aquellas conductas que atenten contra los buenos intereses sociales, mediante los cuales se busca perjudicar el patrimonio de la misma, ya sea por los propios socios, administradores o aquellas personas que mediante un mandato realicen actos en favor de dichas entidades.

⁴⁸ *Ibíd.*

- **Administración desleal de sociedades de construcción**

Entre las conductas que se penalizan en el derecho francés, se encuentra las cometidas por los administradores de sociedades que se dedican a la construcción, pues es interesante conocer hasta donde puede extenderse este delito cuando no es incluido dentro de las legislaciones de un país, puesto que el provecho que del mismo se extrae puede quedar impune y sus autores gozan de beneficios a costa de actos contrarios a la sociedad a la que representen o pertenezcan.

“Es por ello que en Francia se regula en el Artículo L. 241-6.3º. del Code de la construcción que:

Serán castigados con prisión de uno a cinco años y multa de 12.000 francos, o con una de esta dos pena solamente, las infracciones a las disposiciones de los Artículos L. 214-6 a L. 214-9.

Serán castigados con las mismas penas:

3º. El hecho realizado por una persona ejerciente en derecho o de hecho, directamente o por persona interpuesta, consistente en la gestión de una sociedad contemplada por estos decretos de haber, de mala fe, hechos de los bienes o del crédito de la sociedad o de los poderes o de los votos de los que disponía un uso que sabía contrario al

interés de dicha sociedad, en un fin personal o para favorecer a otra sociedad o empresa cualquiera en la cual estaba directa o indirectamente interesado”.⁴⁹

Cabe resaltar que este delito engloba aquellas personas que actúen dentro de una sociedad como administradores de hecho o de derecho, como hice mención en apartados anteriores, siendo esta una característica importante en la comisión del delito, pues hacen uso de los votos que disponen para autorizar un fin contrario al interés de la sociedad; es por ello que no solo puede aplicarse este delito a los administradores, gerentes o cualquier otra persona que ejerza actos de administración, sino que también a los socios, quienes también disponen del derecho a voto en una asamblea o junta general de socios, donde se promueven los intereses personales o a favor de terceros siempre en beneficio propio.

- **Administración desleal de sociedades cooperativas**

Siguiendo el orden de lo que regula el derecho francés, también regula la administración desleal que sucede en las cooperativas, y en el “Artículo 26.3º de la Ley 10 de Septiembre de 1947 norma sobre el régimen aplicable a las sociedades cooperativas que contempla los delitos de abuso de bienes, del crédito y de los poderes sociales. Dicho precepto castiga a los administradores o gerentes que hayan hecho de sus poderes un uso contrario al interés de la sociedad, con fines personales o para favorecer a otras sociedad o empresa en la que estaban interesados de cualquier

⁴⁹ *Ibid*, pág. 97

manera y en particular hayan dispuestos en estas condiciones de sus bienes o de su crédito.”⁵⁰

Esta norma, tiene gran similitud con las que he venido citando, por lo que las conductas desleales cometidas por los administradores en cualquier ámbito del ejercicio mercantil pueden ser recogidas en una sola norma que abarque cada una de las particularidades de las que hemos visto hasta el momento.

- **Administración desleal de sociedades en liquidación**

Es importante saber también que la legislación francesa, contemple el delito de administración desleal aún en una liquidación social, que viéndolo profundamente es mediante esta figura que las personas involucradas en esta actividad pueden realizar con facilidad actos de administración desleal sobre el patrimonio social, máxime al existir complejidad en el haber de la misma. Sin embargo, cabe resaltar que no obstante los esfuerzos que se realizaban en cuanto a esta cuestión, mediante las “Leyes de fecha 24 de julio de 1867 Art. 15.6 y 7º. Y de fecha 7 de marzo de 1925 Artículo 38.5 y 6º. Se cuestionaron numerosas dificultades debido a la taxatividad con que se enumeraba a los sujetos activos de tales infracciones”.⁵¹ Toda vez que las doctrinas se hallaban divididas en torno a la posible aplicación de las infracciones a los liquidadores quienes pueden ser liquidadores amistosos o nombrados por los dirigentes sociales, o ya sea los liquidadores nombrados por la autoridad judicial. En primer caso,

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 101.

⁵¹ *Ibid.*

si podía ser considerado autor del delito, puesto que al ser nombrado por los dirigentes de la sociedad podía estimar que era un mandatario social. En el segundo de los casos, por el contrario, al no ser nombrado por los dirigentes sociales no podía entenderse que tuviera la cualidad de mandatario, por lo que su conducta debía resultar atípica.

Sin embargo, para poder resolver estos inconvenientes, en la “Ley de 24 de julio de 1966, se crea un tipo penal específico a los liquidadores mediante el Artículo 488.1 esta norma castiga con la pena de prisión de uno a cinco años, al liquidador que, de mala fe: 1º. Haya hecho de los bienes o del crédito de la sociedad en liquidación un uso que sabía contrario al interés de ésta, con fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la cual estaba interesado directamente”.⁵²

III. Ordenamiento italiano

“En el derecho italiano también existe un delito de administración desleal de sociedades, del que se ha hecho eco en algunas ocasiones la doctrina española, que se encuentra regulado fuera del Código Penal, en el Título XI, Libro V del Código Civil, que regula el derecho de las sociedades comerciales, así como en otras leyes especiales como la Ley Bancaria. Se trata de un delito que debe servir como punto de referencia fundamental del derecho penal de la empresa italiana”.⁵³

⁵² *Ibid*, pág. 103.

⁵³ *Ibid*, pág. 104.

En ese sentido, “el Artículo 2.624 del Código Civil italiano, “Prestiti e garanzie della società”, castiga a:

1. Los administradores, los directores generales, los síndicos y los liquidadores que contraigan préstamos bajo cualquier forma, sea directamente, sea por persona interpuesta, con la sociedad que administran o con una sociedad que ésta controle o por la que es controlada, o se hagan prestar de una de esas sociedades garantías para los débitos propios, serán castigados con la pena de reclusión de uno a tres años y con multa de cuatrocientos mil a cuatro millones de liras. 2. Para los administradores, los directores generales, los síndicos y los liquidadores de las sociedades que tengan por objeto el ejercicio del crédito, se aplicará las disposiciones de las leyes especiales”.⁵⁴

Es interesante resaltar que en el inciso dos de lo antes escrito, se hace referencia no solo a los administradores, directores generales, los síndicos y los liquidadores, aunque este último de gran importancia, puesto que en otras legislaciones se regula por separado el actuar de los liquidadores como vimos anteriormente, por lo que es evidente que los liquidadores también pueden ser objeto de una pena al incurrir en los actos propios de delito, de administración desleal de sociedades.

- **Bien jurídico protegido**

“La ratio de la norma reside en la voluntad de garantizar la integridad del patrimonio social evitando abusos de poder por parte de los administradores que desvíen o

⁵⁴ *Ibíd*, pág. 105.

distraigan con fines de lucro personal, el patrimonio cuya administración les ha sido confiada. Así, se trata de proteger a las sociedades comerciales frente a los abusos que pueden cometerse en sus relaciones internas, a diferencia de la tradicional protección jurídica que tendía a proteger las relaciones externas de la sociedad, es decir, a sus acreedores o a terceros que se relacionan con ella”.⁵⁵

Con este delito el legislador italiano ha querido garantizar el patrimonio social impidiendo desviaciones por parte de los administradores. Bajo este punto de vista, se ha señalado que “El lugar natural del tipo de infidelidad patrimonial debería estar seguramente incluido dentro del título dedicado a los delitos contra el patrimonio; lo que no significa que se desconozca la amplísima resonancia colectiva de los intereses involucrados en la gestión de las sociedades de grandes dimensiones, sino que la legitimación de la intervención punitiva y de la técnica de tutela deberá estar dirigida a la protección de los intereses del titular del patrimonio infielmente administrado y no hacia la protección de intereses económicos ulteriores y de rango más elevado, intereses que en realidad no aparecen en línea general, concreta y directamente agredidos por parte de los hechos concretos de abuso en la gestión de la empresa”.⁵⁶

Sin embargo, algunos autores han entendido que los intereses patrimoniales de la sociedad sólo son objeto de protección de forma indirecta. El delito vendría a proteger más específicamente el respeto formal al deber de administrar correctamente que es el que hacer de los sujetos revestido de los poderes sociales de administración. Se

⁵⁵ *Ibid*, pág. 106.

⁵⁶ *Ibid*, pág. 107.

trataría, en definitiva, de mantener el equilibrio interno del sistema de relaciones entre los sujetos mencionados y la sociedad.

- **Sujetos activos**

Por tratarse de un delito especial, exige en lo posible como autores a las personas que llenen las cualidades de administrador, director general, síndico o liquidador. Llama poderosamente la atención, el hecho que dentro de los autores no se contempla a los socios entre los sujetos activos del delito, lo que permite la impunidad de los préstamos realizados a estos sujetos, así como que la sociedad garantice sus obligaciones personales. Tal circunstancia, en opinión de la doctrina italiana, convierte al delito en estudio en una disposición fácilmente vulnerable.

Por otro lado, “el Derecho Penal societario italiano no contempla de forma expresa como hechos punibles la conducta llevada a cabo por los administradores de hecho”⁵⁷, no obstante ellos pueden realizar algunos actos de administración como quedó plasmado en los puntos anteriores. No existe, pues, ninguna norma que equipare a efectos penales las situaciones del administrador de hecho y el de derecho. No obstante, en alguna ocasión la jurisprudencia ha condenado a quienes sin poseer tal cualidad realizaba en la sociedad las funciones inherentes a ella. En ese sentido, el ejercicio de administración de hecho representa un dato fáctico no idóneo para producir efectos penales. Si bien, tal posición no es unánime en toda la doctrina italiana, la

⁵⁷ *Ibid*, pag. 109

mayoría de posturas consideran punibles las conductas de los administradores de hecho que contravienen los intereses sociales.

- **Conducta típica**

“La conducta típica consiste en contraer préstamos o en hacerse prestar dinero mediante garantías de los bienes de la sociedad administrada. Ambas hipótesis previstas se extienden también a los supuestos en que los préstamos o las garantías se concedan a sujetos, no solo de la sociedad controlada. Los términos préstamos y garantías son entendidos como conceptos con significado normativo o amplio y no técnico. Así el préstamo se entiende como consigna o entrega de dinero o de otras cosas susceptible de valoración económica con la obligación de restitución del equivalente, con entera independencia de la forma que el negocio jurídico revista, como por ejemplo el mutuo, comodato, constitución de líneas de crédito, constitución gratuita de derechos de usufructo, uso o habitación, etc”.⁵⁸

“La consumación de este delito dentro de este ordenamiento jurídico se produce en las dos formas de conducta típica, por la mera estipulación del negocio de préstamos o de garantía, no siendo necesaria la ejecución del contrato porque el vínculo obligacional surge desde el momento de la perfección del mismo. Asimismo, estamos ante un delito que ha sido calificado por la doctrina italiana de delito de consumación instantánea, pero de efectos permanentes.

⁵⁸ *Ibid*, pág. 110 y 111.



Con tales expresiones se quiere poner de manifiesto que se trata de un delito de los que la doctrina española denomina delito de estado; es decir, el delito se consuma en el instante en el que se produce el resultado, creándose un estado antijurídico duradero, a pesar de lo cual, la consumación cesa desde la aparición de éste; a diferencia de lo que ocurre con los delitos de consumación permanente, en los que la consumación se renueva periódicamente en el tiempo mientras dure la situación antijurídica”.⁵⁹

- **Delito de prohibición de contraer obligaciones o realizar acto de compraventa entre los dirigentes y las sociedades bancarias y crediticias**

“En el Art. 2.624 del Código Civil, señala a los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores de las sociedades que tengan por objeto el ejercicio del crédito se aplicarán las disposiciones de las leyes especiales. A este respecto, el art. 38 del Real Decreto Legislativo de 12 de marzo de 1963, establecía lo siguiente: Los administradores, liquidadores, directores y los miembros de los órganos de vigilancia de las entidades indicadas en el art. 5 no pueden contraer obligaciones de cualquier naturaleza, ni concluir actos de compraventa, directamente o indirectamente, con la entidad que administraren o dirijan o vigilen, sin una deliberación conforme previa, que deberá ser prestada por unanimidad, o por el consejo de administración y con el voto favorable de todos los miembros del órgano de vigilancia. Seguidamente, el Art. 42 de la Ley bancaria extendía el ámbito de aplicación del Art. 38 a los dirigentes y miembros de los órganos en materia bancaria y crediticia”.⁶⁰

⁵⁹ *Ibid*, pág. 116 y 117.

⁶⁰ *Ibid*, pág. 122 y 123.

A. Bien jurídico protegido

El delito ahora analizado, coincide con el delito regulado en el Art. 2.624 Código Civil referido; es decir, la integridad del patrimonio social. No obstante, la función de las entidades financieras en el seno de la economía, hay quien ha entendido que el interés protegido se concreta en la tutela del crédito y del ahorro, así como de la economía pública. Si bien, los intereses de los depositantes sólo se protege a través de la tutela de la integridad del patrimonio de la banca.

B. Conducta típica

La conducta típica atribuible a este delito es el de “contraer obligaciones” o en “realizar actos de compraventa” entre los administradores y la entidad de crédito. La contratación de obligaciones es entendida por la mayoría de las doctrinas y por la jurisprudencia en sentido amplio, comprendido, en principio, y según el tenor literal del precepto, cualquier relación jurídica-patrimonial entre los dos sujetos y no sólo cuando surjan obligaciones para ambas partes, sino también cuando se deriven obligaciones para una sola de ellas. Por el contrario hay quien ha entendido que el delito en referencia ha de ser interpretado restrictivamente, por lo que no comprendería la contratación de obligaciones unilaterales; es decir, aquellas que únicamente constituyen en deudora a una parte frente a la otra. El estudio de las legislaciones anteriores, en cuanto a los delitos de administración fraudulenta, nos da elementos que pueden ser considerados e incluidos en la aplicación de la administración societaria fraudulenta en el ordenamiento



ordenamiento legal guatemalteco, con el fin de dar soporte legal al sistema de justicia para reprimir todos aquellos actos declarados como de administración fraudulenta.

Del estudio de este apartado, es preciso resaltar, que el ordenamiento jurídico de cada uno de los países estudiados, ha incluido dentro del mismo la regulación de todos aquellos delitos que pueda reprimir los abusos que realizan las personas que tenga a su carga la administración de la misma, a través de los cuales protegen los derechos patrimoniales de los socios y de aquellas personas que de buena manera invierten sus capitales en favor de las mismas. Concluyendo con el presente estudio, la necesidad se evidente en nuestro ordenamiento jurídico pues al no existir delitos que puedan reprimir directamente las administraciones contrarias al interés del administrado, por lo que es necesario sean incluidos algunos delitos que repriman directamente tales acciones; pero considero que debe ser un delito genérico, es decir que pueda ser dirigido a las administraciones fraudulentas, tanto en el ámbito societario como en ámbito civil.



CAPÍTULO V

5. Necesidad de la intervención penal en el ámbito del derecho privado, para regular la administración de bienes

En el orden de ideas expuestas en los capítulos anteriores, veo la necesidad de que el derecho penal debe intervenir en el ámbito privado del derecho, específicamente en lo que concierne a la administración de bienes, con el fin de evitar lesiones al patrimonio administrado tanto de personas individuales como de personas sociales, con el fin de regular algunas conductas lesivas a los intereses patrimoniales en administración; pero dicha intervención debe ser de forma directa de tal manera que deben crearse normas jurídicas acordes a las conductas lesivas que puedan tipificarse como penales. Toda vez que el único medio de resguardar tales garantías y derechos es mediante el derecho penal, a través del cual el Estado está facultado para intervenir directamente como garante de la protección a la propiedad privada, debido a que en la actualidad se desarrollan actividades que ponen en riesgo no solo el patrimonio de una persona individual sino también de una sociedad mercantil, que además alcanzan sus efectos lesivos la estabilidad económica de los que de buena fe intervienen su patrimonio para coadyuvar al desenvolvimiento y desarrollo de dichas sociedades mercantiles, de igual manera cuando se confía la administración de bienes de personas individuales.

En los países referidos con anterioridad, cada ordenamiento jurídico penaliza las conductas contrarias al interés de una sociedad puesta en prácticas por los administradores, gerentes, socios o cualquier persona que por disposición de la ley o



mandato judicial realizan actos de administración contraviniendo los fines y transgrediendo el patrimonio de personas individuales o sociales, poniendo en manifiesto su actuar en diferentes formas, con el fin primordial de obtener ventajas económicas para sí mismo o para terceras personas individuales o jurídicas en las que tengan interés directo o indirecto en favorecerlas.

En ese mismo orden de ideas, es de hacer notar que las conductas que se realicen tanto en el ámbito civil como mercantil, tanto en el tema de administración social como de bienes individuales, es prudente la intervención del derecho penal para garantizar y proteger el actuar de los administradores de patrimonios sociales e individuales. Con esta normativa, los interesados o afectados de administraciones fraudulentas, pueden acudir, en caso de negativa de los administradores, al proceso de rendición de cuentas tramitado en el ámbito civil, con el cual solo se permite determinar si el administrador ha incurrido en alguna anomalía en la administración que se le ha confiado, y mediante este proceso lo único que se busca es determinar las responsabilidades civiles en las que pueda incurrir el mismo. En caso de que se detectara algún delito que perseguir, en este caso, es necesario accionar en esta vía, estas circunstancias, no solo recarga el sistema de justicia sino que también vuelve oneroso a los sujetos pasivos de la acción la búsqueda de justicia por esta vía, lo que hace evidente el retardo de la pronta intervención del Estado, como garante de la armonía social, por mandato constitucional.

5.1. Necesidad de regular como delito la administración societaria fraudulenta en el ordenamiento legal guatemalteco

Para poder resaltar la necesidad de poder regular el delito de administración fraudulenta en el ordenamiento legal guatemalteco, es preciso tomar en cuenta, cuáles son los supuestos jurídicos que pueden ser incluidos en la norma que regule dicho delito, con el fin de hacer un estudio integral de la necesidad su inclusión en el Código Penal guatemalteco. En primer lugar, puedo referirme a lo que otras legislaciones han avanzado en gran manera, debido a que ellos sí han incluido delitos que regulan algunas conductas contrarias a la administración leal sobre bienes y patrimonio social así como individual; lo anterior lo afirmo, debido a que del estudio de las normas internacionales a las que me refiero, puedo puntualizar el hecho de que dentro de las mismas se han incluido todos aquellos actos que puedan encuadrarse en el ámbito de administración fraudulenta.

Sin embargo, en el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, considero necesario que al momento de regular e incluir el delito de administración fraudulenta, se pueda hacer incluyendo todos aquellos actos ya argumentados en cada una de las legislaciones de otros países, mismos que deben ser de forma sucinta pero sustancial, para que se logre alcanzar una verdadera y completa protección al bien jurídico por el cual se regula dicha norma, y que la misma no sea dirigida solamente al ámbito mercantil sino que también al ámbito civil, que es en estas dos ramas del derecho en las que vemos la figura de administración de bienes o patrimonios.



Sin embargo, para que esta norma pueda ser una realidad en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario se cumplan con los procesos de iniciativa de ley, promulgación, discusión, aprobación, sanción y entrada en vigencia de la misma, al ser promovida desde el Organismo Legislativo, para que sea incluida dentro de las normas penales existentes, las que tienden a proteger el patrimonio de las personas.

Considero conveniente incluir dentro del Código Penal un delito que recoja aquellas conductas que atenten en contra del orden económico tanto de las personas sociales como de las personas individuales a las que por disposición de la ley, orden judicial o por contrato, otorgue facultades a terceras personas para que ejerzan actividades de administración de sus bienes o patrimonios. Debo también hacer énfasis en que el delito de administración fraudulenta, debe incluir todos aquellos actos que atenten contra el patrimonio social como individual, toda vez que la administración que se encomienda a una persona es de actos puramente de confianza, misma que se ve quebrantada en el momento que administrador dirige sus actividades administrativas en contra de los intereses del patrimonio social o de la persona individual administrada, lesionando con ello sus bienes o su patrimonio.

Adicionalmente, es preciso quede claro que las conductas punibles realizadas por administradores de capitales ajenos, debe ser penalizados siempre y cuando dichos actos sean realizados en perjuicio insuperable, tanto a entidades sociales así como a capitales de personas individuales; razón por la cual estos actos deberán ser incluidos mediante delitos penales en el actual Código Penal guatemalteco; en el mismo orden de ideas, dentro de las conductas de administración fraudulenta debe tomarse en



cuenta aquellas consideradas como de administración desleal, quedando en una posición intermedia entre los delitos de estafa y apropiación indebida actualmente regulados por nuestro Código Penal, debido a que las conductas que pueden ser consideradas como de administración desleal pueden ser las siguientes: a) celebrar contratos con precios excesivos a cambio de una comisión o retribución por la operación; b) realizar pagos de impuesto en forma incompleta, ocultando operaciones perjudiciales a los administrados; c) realizar auto-préstamos o hacia terceros sin consentimiento o autorización debida o excediéndose de los montos autorizados; d) el uso de fondos del patrimonio del administrado con la pretensión de devolverlos. Estas conductas son comunes en nuestro entorno social, pues perjudican de manera directa al patrimonio social e individual, toda vez que la fidelidad que se le confía se ve vulnerada al realizar estas acciones por ser contrarias a los intereses del administrado; sin embargo, es totalmente diferente el hecho de que estos actos los realice el administrador con el consentimiento de los administrados para que dichas conductas no salgan de la esfera de la administración leal.

En consecuencia, por todo lo dicho hasta aquí, la denominación del delito que recoja todas aquellas conductas contrarias a los intereses del administrado tanto social como individual debe de ser el de administración fraudulenta y considero además que dentro de la misma se deben incluir el contenido siguiente: comete delito de administración fraudulenta, quien ejerza actos de administración de una sociedad o de bienes pertenecientes a persona individual, ya sea por disposición de la ley, resolución judicial, Mandato o por cualquier otra forma de delegar administración, que realice cualquiera de los actos siguientes: 1. Hacer de los bienes que administra un uso contrario al

interés de los administrados, con fines personales o para favorecer a terceras personas, teniendo o no interés directo o indirecto en dicha negociación.

Este es uno de los usos más comunes en el ejercicio de administración fraudulenta que se realizan en los actos de administración, puesto que por bienes sociales e individuales, debe entenderse todo aquellos derechos reales de las mismas, mobiliario e inmobiliario, dinero y fondos sociales o personales, mercancías, créditos, derechos incorporados a la sociedad o persona individual mediante cualquier título de crédito, toda vez que el destino de todos estos bienes sirven para la realización del objeto del interés social como de los intereses de la persona individual. De igual manera considero que en el mismo artículo debe incluirse otro inciso en el sentido siguiente: 2. Quién contraigan préstamos bajo cualquier forma, ya sea de forma directa, por persona interpuesta, en beneficio propio de la sociedad que administran o con una sociedad que ésta controle o por la que es controlada, o se haga prestar de una de esas sociedades garantía para los débitos propios. Este acto actualmente está impune en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que en primer lugar no existe regulación alguna del mismo, y en segundo lugar, porque es común que préstamos personales de los administradores, socios o cualquier órgano de la sociedad, son garantizados con los bienes amasados por la misma, esto quiere decir que hacerse para sí mismo adelantos salariales o excediendo los que verdaderamente le corresponde, sin que exista autorización de socios en asamblea o junta general de socios. Todos los actos incluidos en los incisos anteriores, son muy comunes y repetitivos en los escándalos que aquejan a la mayoría de entidades víctimas y lesionadas en su patrimonio económico, pero sin embargo, debe también incluirse dentro de la norma en referencia



los actos de: 3. Abuse de las facultades que le han sido otorgadas por ley, resolución de asamblea o junta general de socios, para disponer del patrimonio o para obligar a la sociedad o al administrado, lesionando y ocasionando de esta forma daño a los intereses que le han sido confiados. Lo expuesto anteriormente, no requiere mayor explicación debido a que lo normado es de fácil comprensión.

5.2. Garantías y protección que otorga la inclusión de nuevos delitos que surjan en la administración social como individual

En los capítulos anteriores, he resaltado las conductas que en el ámbito de administración de bienes sociales se dan, lo que hace necesario incluir dentro de la legislación penal guatemalteca, el delito de administración fraudulenta, con el que pretendo se garantice y proteja la seguridad jurídica de la propiedad legítima de los bienes muebles o inmuebles, tanto en el ámbito civil como mercantil, es decir, la protección de bienes de personas individuales como de personas sociales; cuando exista intervención de administradores, por un lado por necesidad jurídica y por el otro, por una necesidad social; quienes en la mayoría de casos, con absoluta libertad desarrollan actividades de cualquier naturaleza que no se pueden tipificar en el derecho penal común como delitos, por carecer de elementos típicos que los conformen, pero que al final de dichas conductas se puede observar un atropello a los intereses económicos tanto sociales como individuales.

En ese sentido, garantizar el buen manejo de los fondos, recursos y patrimonio, de una sociedad y de personas individuales, sería otro de los motivos por los cuales se debe



incluir este delito en el ordenamiento legal, puesto que el fin por el que la población se organiza para formar entidades jurídicas y por las que las propias leyes permiten la administración de bienes individuales, es precisamente para obtener por un lado, de manera conjunta mayores ingresos económicos como una forma de realizar el comercio en nuestro medio social; y por el otro lado, dar una actividad productiva a los bienes de que pertenecen a las personas individuales, o mejor dicho sacar un verdadero provecho de los mismos, para beneficio de los propios dueños así como a las personas que por disposición de la ley deban favorecer.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que mediante la inclusión del delito de administración fraudulenta en el derecho penal guatemalteco, llegaría a enriquecer el ordenamiento jurídico penal y a descargar en gran medida el que hacer de los jueces en la rama civil, quienes aplican el derecho para garantizar a la sociedad la seguridad jurídica mediante la aplicación de justicia, por medio de la rendición de cuentas a la que la ley llama a todo administrador de bienes por mandato legal; que desde hace mucho tiempo, el conglomerado social ha sido víctima de actos de administración que podrían ser catalogados como fraudulentos los que han desencadenado acontecimientos repudiables al ser calificados de injustos e intolerables, y que en ocasiones prolongadas desestabiliza el bien común, no obstante ser el fin por el cual se organiza un Estado.

Por otro lado, es preciso resaltar que al igual que en las legislaciones de los países estudiadas, en nuestro ordenamiento jurídico, también se hace evidente y necesario llevar a un análisis profundo la inclusión del delito de administración fraudulenta, en el

cual se debe hacer mención de todas las modalidades y formar de incurrir en el mismo. Lo anterior, debido a que la realidad social que actualmente se vive en Guatemala lo hace necesario, dado que en muchos ocasiones los administradores de sociedades y los administradores de bienes de personas particulares o individuales, cometen actos que atentan en contra el patrimonio de los administrados, resultando en la mayoría de casos la impunidad de dichas acciones por no existir una normativa explícita que pueda reprimir dichos actos fraudulentos.

Tomando en cuenta cada una de las teorías antes explicadas, podemos darnos cuenta que cada uno de ellas aporta elementos determinantes que pueden ser utilizados en el ámbito societario, para poder sancionar las conductas contrarias a los intereses de la sociedad, las que puedan ser dirigidas por los administradores, socios o liquidadores en el ejercicio de las funciones que les han sido confiadas, contraviniendo los intereses de la propia sociedad.



CONCLUSIONES

1. El derecho penal guatemalteco regula los delitos de estafa y apropiación indebida, a través de los cuales se reprimen algunas conductas fraudulentas cometidas por los administradores de bienes sociales como individuales, en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, en la mayoría de casos no se han podido encuadrar, por no existir un delito específico que regule tales acciones como fraudulentas.
2. Actualmente en el ordenamiento jurídico guatemalteco, todos los actos realizados por los administradores excediéndose de las atribuciones otorgadas para el desempeño de la administración de bienes de una sociedad mercantil o de persona individual, se encuentran impunes al no existir un delito específico que sancione tales acciones.
3. No se ha mostrado preocupación alguna por parte de los organismos, Ejecutivo y Judicial para la creación de juzgado específicos que resuelvan los procesos que se inicien por administración fraudulenta, aunque han salido a luz pública escándalos financieros que lesionan intereses económicos y patrimoniales de sociedades y personas individuales.



4. Países como Alemania, Francia e Italia han incluido dentro de sus ordenamientos jurídicos el delito de administración societaria fraudulenta, dando respuesta así a las acciones que lesionan el patrimonio social de una entidad mercantil; sin embargo, las acciones fraudulentas que se llevan a cabo en el ámbito civil quedan impunes debido a que dicho delito se aplica en la jurisdicción societaria.

RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo, promueva una iniciativa de ley, mediante la cual se haga la reforma al actual Código Penal Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el sentido de incluir dentro de los delitos contra el patrimonio, contemplados en el CAPÍTULO VI, el delito de administración fraudulenta, que se dirija a los actos fraudulentos que realicen los administradores de bienes tanto en el ámbito societario como en el civil.
2. A través del Congreso de la República de Guatemala iniciar la reforma al actual Código de Comercio, con el fin de especificar las atribuciones de los representantes de las mismas y dar lugar a los administradores de hecho, con el fin de que la persecución penal sea dirigida a aquellas personas que lesionen intereses patrimoniales sociales.
3. Los Organismos Ejecutivo y Judicial presten el apoyo necesario que a cada uno le corresponde, para crear juzgados específicos que conozcan los hechos fraudulentos realizados por los administradores, socios o liquidadores de sociedades, en el ejercicio de sus funciones; con el fin de fortalecer el marco legal que persiga y reprima los actos fraudulentos en contra de los capitales sociales e individuales.



4. A través del Ministerio de Relaciones Exteriores en conjunto con el Organismo Legislativo, solicitar apoyo a los países que dentro de su marco legal regulan los delitos de administración societaria fraudulenta, para que proporcionen la información y recomendaciones necesarias para fortalecer de gran manera el marco jurídico guatemalteco en materia civil y societaria, al momento en que se regule el delito de administración fraudulenta.



BIBLIOGRAFÍA

BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Colección Ceura. (s.l.i): Editorial Centro de Estudios. Ramón Areces, S.A. (s.f).

CASTRO MORENO, Abraham. **El delito de societario de administración desleal**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Impresión: Closas-Orcoyen, 1998.

Consejo General del Poder Judicial. **Derecho penal económico**. Manuel de Formación Continuada 14. Madrid: Imprime: LERKO PRINT, S.A., 2001.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco parte general y parte especial**. Guatemala: Décimo Cuarta edición, corregida y actualizada, 2003. Producción Editorial: Edición, diseño y corte finales; E&G Editores. (s.f).

PAREDES, Herbert. **Curso de derecho penal económico**. Madrid, Barcelona: Segunda Edición. Marcal Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2005.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español, Bien jurídico tutelado**. (s.l.i): Primera Edición actualizada. (s.e), (s.f).

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Tomo I, Sexta Edición, Editorial Universitaria, 1980.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio de Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 1970.

Código Penal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 1973.

Código Procesal Penal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 51-92, 1992.



Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto
Número 2-89, 1989.