

**RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS
DEL CONSEJO DIRECTIVO
EN LAS ASOCIACIONES CIVILES**

***RESPONSIBILITY OF THE MEMBERS
OF THE BOARD OF DIRECTORS
IN CIVIL ASSOCIATIONS***

Víctor Hugo Chanduví (*)

Recibido: 6 de junio de 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

RESUMEN

Este artículo tiene el propósito de estudiar la figura de la responsabilidad civil en los miembros que integran el consejo directivo de las asociaciones sin fines de lucro, reguladas en el Código Civil y que participan activamente en la vida económica del país desarrollando actividades culturales, deportivas, sociales, educativas, etc.

Los miembros del consejo directivo pueden asumir responsabilidad por actos que causen daño a la asociación y esta consiste en la obligación legal de resarcir el daño ocasionado, restaurando el patrimonio de la asociación perjudicada.

Palabras clave: consejo directivo, responsabilidad civil y asociación civil.

* Doctor en Derecho, consultor de empresas – Profesor principal de Derecho Comercial e Historia del Derecho - Autor de publicaciones en el área de su especialidad.

ABSTRACT

This article intends to study the civil liability actions of the members who integrate the board of directors of non-profit associations regulated by the Civil Code, which are actively engaged in the economic life of the country, where they develop a series of cultural, sports, social, educational activities, etc.

The members of the board of directors may take on responsibilities for any damage they cause by means of acts that are contrary to the association and this implies a legal duty to repay or indemnify the loss or damage caused, restoring the legal heritage of the association affected.

Key words: board of directors, civil responsibility and civil association.

1. ANTECEDENTES

Primer Código Civil de 1852

Por ley del 23 de diciembre de 1851, bajo la presidencia de don José Rufino Echenique, se dispone la promulgación del Código Civil de 1852, el mismo que no regula la figura de la asociación civil sin fines de lucro.

Segundo Código Civil de 1936

A los 30 días de agosto de 1936, el presidente del Perú, don Oscar R. Benavides, promulgó mediante la ley N° 8305 el Código Civil de 1936. En la sección tercera destinada a las personas jurídicas y en el Título II regula la figura de las asociaciones en sus artículos 46 al 63.

El artículo 61 señalaba que “La asociación pierde su capacidad jurídica con la declaración de quiebra. En caso de insolvencia deben los órganos directivos provocar aquélla, y si hay morosidad responderán a los acreedores del perjuicio que les resulte”. Es el único artículo que habla de responsabilidad de los órganos de gobierno en el caso de causar daño a terceros. No habla de manera expresa de la responsabilidad de los miembros del Consejo Directivo.

Tercer Código Civil de 1984

El nuevo Código Civil entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, el cual fue promulgado a los veinticuatro días del mes de julio de 1984 por el presidente constitucional de la República Don Fernando Belaunde Terry, siendo Ministro de Justicia don Max Arias Schreiber Pezet.

En el Libro Primero Derecho de las Personas, Sección Segunda Personas Jurídicas, Título I Disposiciones Generales (artículos 76 al 79) y en el Título II se regula la Asociación Civil en los artículos 80 al 98 del Código Civil.

2. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad de los directivos de las asociaciones está señalada en el artículo 93 del actual Código Civil, que establece que “Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición”. Al respecto, Juan Espinoza Espinoza en su comentario que realiza al Código Civil Comentado manifiesta:

“La responsabilidad solidaria de los miembros del consejo directivo ante la asociación es de naturaleza contractual. Sin embargo, si la actividad de los miembros del consejo directivo daña a un asociado individualmente considerado (ejemplo, si se le excluye de la asociación sin motivo justificado o no se le permite ejercer sus derechos como asociado), la responsabilidad será de naturaleza extracontractual. Dentro de este último supuesto, también se encuentra el tercero (como podría ser un acreedor de la asociación), que se pudiera perjudicar con el actuar dañino de los miembros del consejo directivo. Es importante distinguir la responsabilidad (personal) de los miembros del consejo directivo, de la responsabilidad de la persona jurídica (en este caso, la asociación) por los actos de los miembros del consejo directivo. El artículo 93 del Código se refiere al primer tipo de responsabilidad”. (Gaceta Jurídica, tomo I, pág. 1455- codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf)

Igual sentido encontramos en la Ley General de Sociedades Ley N° 26887 en relación a los directores de las sociedades anónimas. Podremos advertir, sin embargo, que una primera aproximación al concepto de responsabilidad la encontramos en el Código Civil que la concibe como la consecuencia de la comisión de un acto ilícito que causa daño a otro y obliga al que lo cometió a resarcir o reintegrar el patrimonio del perjudicado.

Ahora bien, para cometer un acto ilícito se tiene que violar una norma jurídica. Cuando la norma que se viola es una conducta tipificada en el Código Penal se trata de un delito y el autor está obligado a reparar los daños materiales y morales causados.

La responsabilidad civil consiste en la obligación legal de resarcir el daño ocasionado; tiene la función de reintegración patrimonial, es decir, que el resarcimiento cumple el cometido de restaurar el patrimonio del perjudicado. Es una obligación predeterminada si se genera de una violación contractual o una obligación nueva si resulta de la violación de cualquier norma. El autor nacional Lizardo Taboada Córdova manifiesta “que la responsabilidad civil constituye uno de los tópicos centrales del derecho privado en la actualidad. Sin embargo, y a pesar de la enorme importancia

- Víctor Hugo Chanduví Cornejo

del tema, en nuestro sistema jurídico no existe un estudio sistematizado sobre la responsabilidad civil en general.” (2001: 9)

El Código Civil regula la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, ambas responsabilidades nacen por imperio de la ley; es decir tanto la contractual como la extracontractual son sanciones establecidas por la ley cuando se causa daño y lo que caracteriza a ambas responsabilidades es la indemnización, que es la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil.

El deber jurídico en la responsabilidad contractual es el incumplimiento de la obligación pactada y en la extracontractual no causar daño a los demás. El deber jurídico genérico está consagrado en el art. 1969 del C.C.

Lizardo Taboada Córdova, en el curso Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, dictado en la Academia de la Magistratura- modalidad a distancia, sostenía: “ como es sabido, la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de “responsabilidad civil contractual”, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inexecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada “responsabilidad civil extracontractual”. La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado “relación jurídica obligatoria”.

La responsabilidad civil se ha convertido en el medio sancionador normal, cumple una función reguladora y complementaria que absorbe las reglas jurídicas por el principio de responsabilidad.

El maestro argentino Alterini manifiesta que “la obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal”. (1974: 15)

Consecuentemente se produce una distribución social de los daños porque los que crean un riesgo deben soportar las consecuencias.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, las corrientes doctrinarias se dividen en dos campos.

- a. La responsabilidad subjetiva.- Requiere la existencia de culpa o dolo por parte del autor del daño o perjuicio.
- b. La responsabilidad objetiva.- La obligación de indemnizar se produce en razón de lo que ésta ocasiona, prescindiéndose de si hubo o no culpa del agente.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD

- A. El acto dañoso.- Debe ser un acto voluntario por una acción o una omisión. La doctrina distingue en los actos voluntarios el intencional o doloso y la negligencia o culposo.
- B. La ilicitud.- El acto debe ser considerado como ilícito por el Derecho, comprendiéndose el ilicitud civil u obligacional y el ilícito delictual o cuasi delictual. Puede consistir en la ejecución u omisión o en la inejecución total, parcial o defectuosa de un deber.
- C. La culpabilidad.- Es la base de la responsabilidad, supone la ilicitud del acto y se refiere a ésta y no al perjuicio. Puede haber culpabilidad aunque el daño no sea previsible y aun cuando pueda ser previsible una ganancia como producto del acto ilícito. Pero también puede haber dolo sin la intención de perjudicar.

En cuanto a la responsabilidad civil de los directivos de las asociaciones está señalada en el artículo 93 del actual Código Civil y se encuentra enmarcada en la llamada teoría organicista que destaca la relación entre la persona jurídica y el órgano social, de manera que cuando el directivo incumple sus obligaciones incurre en responsabilidad orgánica asimilaba a la responsabilidad civil contractual.

La responsabilidad contractual de los asociados que desempeñan cargos directivos se genera por la inobservancia, incumplimiento, trasgresión o infracción de las normas legales, conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.

El acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otra persona, dándose lugar a la figura jurídica de la representación.

La representación es una figura jurídica en virtud de la cual una persona denominada representante celebra uno o más actos jurídicos en cautela de los intereses de otra denominada representada.

La representación puede ser legal, cuando emana de la ley y voluntaria o convencional cuando emana de la convención entre las partes.

La representación legal tiene su fundamento en la función tuitiva del ordenamiento jurídico de los derechos subjetivos de las personas naturales o jurídicas, que por carecer de capacidad de ejercicio o por una situación de hecho requieren de la cautela de sus intereses; o por su condición de entes abstractos, en el caso de las personas jurídicas, cuando en la ley de su creación o en el acto constitutivo no se ha previsto el modo de ejercer sus derechos ante determinadas situaciones.

En la representación legal tenemos la representación de los incapaces, la representación de los desaparecidos y ausentes; la representación de la sociedad conyugal; la representación de los establecimientos abiertos al público y la representación de las personas jurídicas.

La representación voluntaria emana de un acto jurídico unilateral, siendo ésta una de sus características más propias y típicas; lo cual lo diferencia del mandato, toda vez que este es un contrato que supone bilateralidad.

La responsabilidad contractual de los asociados que desempeñen cargos directivos se genera por la inobservancia o infracción de las normas legales, conforme a las reglas de la representación que acabamos de exponer; excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición. Esta es una fórmula parecida a la de los directores en las sociedades anónimas.

En relación al daño, la ley peruana recoge el sistema subjetivista al precisar que debe tener como causa el dolo, el abuso de facultades o la negligencia grave por impericia o imprudencia. Desde el punto de vista procesal, esto obliga a probar que no se actuó con dolo o culpa o que no se abusó de las facultades.

La responsabilidad civil obliga a los directivos a indemnizar a quienes resulten afectados por los daños o perjuicios que sus acciones originen. Fuentes de las obligaciones están constituidas por la ley, el estatuto social, los acuerdos de la asamblea válidamente adoptados, los del propio consejo directivo, así como las relaciones derivadas de la vinculación entre el directivo y la asociación.

La responsabilidad como contenido jurídico de la norma legal lleva implícitamente la imputabilidad de un sujeto, autor de un acto u omisión con el que se ha causado un daño. Igualmente está implícita la obligatoriedad del resarcimiento del daño en términos económicos o patrimoniales y, finalmente, comprende la afectación patrimonial del obligado.

En la legislación nacional y el Derecho Comparado no se considera la culpa leve como causal de responsabilidad de los directivos. Así solo responderán del daño causado por culpa lata, que en la doctrina se equipara al dolo; igualmente responden por el abuso de facultades o negligencia grave, de tal suerte que la norma legal contiene un claro fundamento de equidad por cuanto la gestión administrativa y la dirección de la asociación por el consejo directivo implica la toma de

decisiones y actuaciones, cuyos resultados o efectos llevan una cuota de riesgo. Y puede ocurrir que aun poniendo el mismo cuidado y la misma atención en un asunto, los resultados sean unas veces favorables y otros adversos. Por esta razón la ley no considera la culpa leve, pero sí se fija en la culpa lata.

La responsabilidad civil de los directivos cobra especial importancia por el rol que cumplen las asociaciones en las diversas actividades económicas, culturales, deportivas, sociales, educativas y también como ONG, captando dinero nacional e internacional. En la actualidad, las asociaciones administran un patrimonio importante y es necesario que las autoridades le presten mayor atención, a fin de que estas cumplan con la finalidad para la cual fueron creadas.

Por tal motivo los asociados pueden impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias, en resguardo de los intereses de la misma asociación.

Artículo 92º. Impugnación judicial de acuerdos

“Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.

Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo.

La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.”

4. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO

La acción de responsabilidad regulada en el Código Civil es de carácter contractual en razón a que tiene por finalidad el resarcimiento o indemnización por los daños causados de conformidad con el artículo 1321 del Código Civil que establece: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmedia-

- Víctor Hugo Chanduví Cornejo

ta y directa de tal inexecución.” En los casos de dolo o culpa grave o inexcusable el resarcimiento comprende los daños inmediatos y directos previsibles e imprevisibles al momento de contraer la obligación, mientras que en los casos de culpa leve los daños inmediatos y directos solamente previsibles al momento de asumir la obligación.

5. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS

“Artículo 93°.- Responsabilidad de los directivos

Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.”

No es responsable el directivo que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta e inclusive que haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial.

Esto obliga a los directivos a asumir sus responsabilidades a plenitud y en forma consciente, así como hacer uso de las atribuciones de que están investidos.

6. TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN

La titularidad de la acción de indemnización corresponde a la asociación cuando ésta es la directamente afectada.

Después la titularidad corresponde a los socios porque el daño provocado repercute sobre todos ellos que ven perjudicada a la asociación, la que fue creada para cumplir un fin lícito de conformidad a la Constitución Política del Perú. El inciso 9 del artículo 2 de la Constitución establece que las personas, tanto naturales como jurídicas, realizan distintas actividades culturales, deportivas, económicas, ideológicas, laborales, políticas, religiosas, sociales o de cualquier otra índole.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02243-2010-PA/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02243-2010-AA%20Resolucion.html>) ha establecido que este derecho tiene una doble dimensión.

- a. Una dimensión positiva que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), la de afiliarse a las organizaciones existentes y la de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias.

Dentro de la facultad de conformar organizaciones se encuentra comprendida la posibilidad de estructurar, organizar y poner en funcionamiento la asociación (principio de auto organización), la que se materializa a través del estatuto, que debe establecer como mínimo reglas acerca del comportamiento exigido a los socios y de las cargas que se les imponen, así como de los derechos y de la manera en que el socio puede terminar el vínculo con la asociación o ser excluido de ella. En este contexto el ejercicio del derecho de asociación supone un número plural de personas que acuerdan de manera autónoma, libre y espontánea la creación de un ente para realizar un proyecto común, pacífico y lícito.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces para ejercer derechos y contraer obligaciones, a fin de responder autónomamente por su devenir social, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro.

- b. En su dimensión negativa comprende la facultad de toda persona para negarse a formar parte de una determinada asociación, así como el derecho a no ser obligado a integrarla o el derecho a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee.

Esta manifestación negativa se encuentra reconocida en el inciso 2 del artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto señala que “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

Por tanto, aquellas normas contenidas en los estatutos que impidan el ejercicio del derecho de asociación en su manifestación negativa contravienen no sólo la Constitución sino también la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por dicha razón, ninguna asociación puede denegar las solicitudes de retiro, renuncia o desafiliación que presenten sus asociados.

El derecho de asociación garantiza que a nadie se le pueda impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y que ninguna persona pueda ser forzada u obligada a asociarse.

7. SUJETO DE DERECHO

En los sistemas jurídicos se establece que el sujeto de derechos y obligaciones es la persona; sin embargo, la persona jurídica siempre resulta ser un grupo de personas que buscan la consecución de fines comunes, ya sean altruistas o lucrativos; lo cual significa que nos encontramos frente a un ente distinto del ser humano entendido como persona y, por ende, el concepto que nos brinda el ordenamiento jurídico abarca mucho más.

En el Quinto Pleno Casatorio Civil -Sentencia del Pleno Casatorio- Casación N° 3189-2012-LIMA NORTE publicada en el Diario Oficial El Peruano, sábado 9 de agosto de 2014, se estableció que “Las personas jurídicas son un sujeto de derecho distinto de sus miembros, razón por la cual este centro ideal normativo es también sujeto de obligaciones y derechos. Pues bien, (...) los sujetos jurídicos pueden distinguirse en sujetos individuales o entes colectivos. Los primeros se identifican con las personas físicas (...) Los segundos, se dividen a su vez en entes colectivos reconocidos como personas jurídicas y entes desprovistos de reconocimiento formal (...)”.

Estos entes colectivos, que entendemos como personas jurídicas, existen para el ordenamiento jurídico a pesar de ser abstracciones o entequeías, se encuentren o no inscritas en los registros públicos y, en consecuencia, tienen una realidad jurídica innegable como titulares de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o desventaja. Consideramos que la categoría jurídica genérica de sujeto de derecho recae tanto en el ser humano y en lo que entendemos como persona jurídica, más allá de ser una creación del derecho que simplifica las situaciones jurídicas subjetivas.

La existencia de un sujeto de derecho como la persona jurídica responde a que esta resulta ser distinta a los sujetos de derecho que la integran. Se establecen dos esferas jurídicas diferenciadas, tanto en la adopción de decisiones como en la manifestación de las mismas, así como en la existencia del patrimonio diferenciado de cada uno de estos sujetos de derecho.

De esta manera que “(...) estos entes colectivos, queremos puntualizar, existen para el derecho a pesar de ser abstracciones jurídicas, éstos tienen una realidad innegable a tal grado que pueden contraer obligaciones y tener derechos (...). No puede soslayarse el desarrollo de la vida en relación de las personas naturales que constituyen sujetos de derechos individuales, quienes utilizando el ordenamiento jurídico a efectos de facilitar el desarrollo de sus actividades, para obtener fines altruistas o lucrativos, buscan agruparse utilizando para ello los mecanismos que establece el ordenamiento jurídico a fin de realizar en conjunto fines comunes, sean lucrativos o no”.

“(...) en la vida observamos cómo se dan supuestos de hecho en los que hay una pluralidad de personas que se agrupan para conseguir un fin común a todas ellas (...). Esta abstracción, en cuanto a la génesis de la persona jurídica, permite que su desarrollo se produzca independientemente de las personas naturales que la componen; sin embargo, la adopción de los acuerdos de éstas deben realizarse en atención a la normativa vigente, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un negocio jurídico, adoptado en base al quórum y mayoría establecida en la ley y los estatutos propios de la persona jurídica, como lo veremos más adelante. Por ello es que el Código Civil de 1984 estableció en su artículo 78 que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. No es extraño concluir que existe en la persona jurídica una separación de patrimonios y de responsabilidades, dado que las actividades del ente y su patrimonio son independientes a los integrantes de ésta”. (Pleno Casatorio- Casación N° 3189-2012-Lima Norte publicado en el diario oficial El Peruano, sábado 9 de agosto de 2014)

8. RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 198 del Código Penal Peruano, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29307, publicada el 31 de diciembre del 2008, establece:

“Artículo 198. Administración fraudulenta

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

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.”

En su artículo “Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta”, Alberto Juárez Muñoz establece que este delito comprende a las ocho formaciones delictivas en las que puede incurrir el sujeto que lleva las riendas de una persona jurídica, desacatando normas básicas de conducción que le han sido impuestas por la Ley General de Sociedades, las que esencialmente se refieren a la veracidad en la información sobre la real situación económica y financiera de la persona jurídica, con lo que se tiende a proteger el patrimonio social y el interés de las comunidades interna y externa (Revista Lex-Lima, 2016,págs. 187-219).

Tras simplificar las diversas variables que contiene el amplio articulado penal para facilitar su aprendizaje y comprensión, Juárez Muñoz aclara los supuestos normativos que integran cada una de las modalidades penales, comprendiendo que se trata de un delito contra el patrimonio que protege la posibilidad de que se cause un daño económico a los interesados, aun cuando en la mayoría de sus párrafos se verifica actos de falsedad, implicancia de normas de la Ley General de Sociedades y hasta conductas omisivas propias.

La norma se refiere a la persona jurídica para abarcar todos los sujetos de derecho que conocemos. En el Código Civil encontramos el término “persona jurídica” que designa a las organizaciones que no tienen finalidad lucrativa y a las previstas en leyes especiales que sí tienen finalidad lucrativa. Las que no tienen finalidad lucrativa son las asociaciones, las fundaciones, los comités, los que a su vez pueden ser inscritos y no inscritos, y las comunidades campesinas y nativas.

Las personas jurídicas con fines de lucro se encuentran reguladas en la Ley General de Sociedades y la Ley N° 21621 regula la empresa individual de responsabilidad limitada, que comprende las sociedades de personas que son las colectivas y las comanditarias y las sociedades de capital que son la sociedad de responsabilidad limitada (S.R.LTDA) y la sociedad anónima en sus formas de sociedad anónima cerrada (S.A.C), ordinaria (S.A.) y la abierta (S.A.A). También existen otras personas jurídicas reguladas por leyes especiales como son las cooperativas y sociedades mercantiles sujetas al régimen de la pequeña y mediana empresa, Ley de Bancos y Ley de Mercado de Valores.

Como señala A. Borda en su *Manual de Derecho Civil*, la persona jurídica es sin lugar a dudas una agrupación de personas distinta a las que la personifican, con derechos y obligaciones tan iguales como los que tienen las personas que la conforman; sin embargo, aun cuando en el ámbito real sea solo una creación del Estado, se desenvuelve en la sociedad entre relaciones iguales a las personas físicas. (<https://es.slideshare.net/Coleman78/bordaguillermomanualdederehocivil-partegeneral>)

Carlos Fernández Sessarego señala: en su artículo de la Revista DÍKÉ ¿Qué es ser “persona” para el derecho? Establece que “El derecho positivo no tiene otra opción, reiteramos, que reconocer que no hay más personas que los seres humanos, individual o colectivamente considerados. Es decir, las cuatro “maneras del ser” a las que hemos hecho referencia con anterioridad. No cabe la posibilidad que la política legislativa concluya resucitando a Incitatus - el caballo al cual Calígula hizo Cónsul – como persona o que nos recomiende que se otorgue la calidad jurídica de persona al “césped”, que supuestamente tiene el derecho a no ser hollado por el ser humano, o al “camarón” que tendría el derecho a no ser pescado porque tendría derecho a la vida.

En estas hipótesis referidas en el párrafo precedente, son los seres humanos los que tienen el derecho a contar con áreas verdes bien conservadas para su esparcimiento y por razones estéticas. Y es también a los seres humanos a los que le interesa que, para su deleite como consumidor, no se extinga el camarón a consecuencia de una pesca incontrolada.

En síntesis, persona es el sujeto de derecho. Sujeto de derecho que no es otro que el ser humano, individual o colectivamente considerado. Ser humano cuya naturaleza es ser una unidad psicosomática sustentada en su libertad. Ninguna política legislativa debería contrariar esta realidad ya que ello tendría como consecuencia el desnaturalizar el sentido del derecho para la vida humana.

Es decir, del derecho creado, como exigencia existencial, por seres humanos libres y coexistentiales, que requieren de normas jurídicas, valiosamente concebidas, que le permitan realizar su personal proyecto de vida dentro del bien común. (http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF)

En cambio el artículo 78 del Código Civil, cuando enuncia que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos, ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas., está distinguiendo a la persona natural de la jurídica. Consecuentemente como las personas jurídicas se rigen a través de órganos de gobierno, que están integradas por personas naturales, éstos pueden causar daño contra la persona jurídica, sus socios u asociados y los terceros, teniendo que asumir la responsabilidad que establece la ley especial y el Código Civil.

Los miembros del consejo directivo de las asociaciones pueden ser procesados por el delito de lavado de activos regulado por el D .Leg. N° 1106. De acuerdo con el doctor Víctor Prado Saldarriaga, “el delito de lavado de activos está tipificado en tres modalidades: 1. actos de conversión y transferencia (artículo 1), 2. actos de ocultamiento y tenencia (artículo 2), 3. actos de transporte y traslado de dinero en efectivo o títulos valores (artículo 3)”. (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf))

Además señala las siguientes características comunes: “1. son tipos penales representativos y no literales (de activos cada conducta representa una etapa del proceso de lavado), 2. el objeto de acción del delito lo constituyen activos (dinero, bienes, efectos o ganancias) de origen ilícito (generados o derivados de una actividad criminal), 3. son delitos dolosos (dolo directo o dolo eventual: “debía presumir”), 4. son delitos de tendencia interna trascendente (con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación y decomiso), 5. son delitos comunes o de dominio (cualquier persona puede ser autor del delito). 6. son delitos de consumación instantánea o permanente (la tentativa sólo es posible en los actos de conversión), 7. son sancionados con penas conjuntas privativa de libertad (no menor de 8 ni mayor de 15 años) y multa (no menor de 120 a 350 días multa)”. (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf))

Respecto al objeto de acción del delito en el proceso del lavado de activos, Prado Saldarriaga explica:

1. El objeto de acción del delito lo constituyen activos de origen ilícito a los cuales se les generará una apariencia de legitimidad a través de sucesivas mutaciones cualitativas o cuantitativas.
2. Ahora bien, en un plano operativo podemos distinguir tres clases de bienes: • los que son producto directo e inmediato de un delito precedente y que serán el objeto de acción en los delitos de conversión a través de actos de colocación; los que son bienes transformados y que son aquellos resultantes de prácticas de intercalación, los cuales serán objeto propio de delitos

de transferencia; • los bienes mezclados que son los que fusionaron bienes lícitos más bienes de fuente ilícita. Ellos se constituyen en el objeto de acción de los delitos de ocultamiento y tenencia mediante actos de integración (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf)).

Según el mismo autor son actos de conversión los que están tipificados en el artículo 1 del decreto legislativo 1106. “Se criminalizan conductas vinculadas con la etapa inicial del proceso de lavado de activos (colocación) los actos de conversión que involucran a todas las modalidades de colocación o movilización primaria del capital líquido o dinero en efectivo u otros bienes (metales preciosos) obtenidos de una actividad criminal previa. Incluyendo los actos de recolección y acopio de bienes (el prelavado), que pueden ser ejecutados por el propio autor del delito precedente (el autolavado). Las modalidades más recurrentes de este delito corresponden a prácticas de inserción o de sustitución del dinero ilícito original a través de operaciones de inmisión financiera (abrir cuentas bancarias) o de su mutación cualitativa o cuantitativa en otros bienes (cambio de moneda o de denominación numeraria, adquisición de bienes muebles o inmuebles, adquisición de tarjetas prepago o cheques de viajero, compra de acciones, electrodomésticos, automóviles, etc.)

1. Transporte y traslado transfronterizo de dinero en efectivo (modalidad especial de delito en el artículo 3)
2. Fraccionamiento o estructuración del dinero para proceder a depósitos o inversiones (prácticas de estructuración, uso de pitufos)
3. Empleo de cómplices en el sector financiero para posibilitar la inserción a través de ellos del producto ilícito (agentes de banca, bolsa, agentes de seguros).
4. Colocación fraudulenta de los productos ilícitos en instituciones financieras no tradicionales (hawala, casas de cambio, remesadoras, casas de pignoración o empeño, servicios postales, mercados y bodegas autorizadas).
5. Pago en efectivo de servicios (hoteles, restaurantes, supermercados, casinos, etc.).
6. Adquisición o arriendo de bienes con pagos en efectivo (inmuebles, compra de joyas empeñadas, automóviles de segunda mano, etc.).

Modalidades más comunes de actos de conversión, los actos de transferencia también están tipificados y sancionados por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1106.

1. Se materializan como una secuencia continua y diversificada de operaciones con bienes transformados, es decir, con aquellos que representan una primera modificación cualitativa producida en la etapa de colocación (ellos ya no son más el dinero generado por el delito precedente o producto sino un nuevo bien obtenido o transformado)
2. Se trata, pues, de actos reiterados de circulación de operaciones financieras, comerciales, contractuales, etc.

3. Los actos de transferencia procuran alejar los bienes de su primera transformación mediante la sucesión en serie y de modo continuo de complicadas y diversificadas transacciones.
4. No se trata solo de transferencias electrónicas bancarias sino de toda clase de actividades capaces de producir nuevas transformaciones de bienes como permutas, reventas, organización, auspicio o patrocinio de espectáculos financiados o cofinanciados, o cualquier otra forma de negocios jurídicos que conlleven la traslación o intercambio del dominio con bienes legítimos de terceros, sea que se realicen a título oneroso o gratuito con saldos favorables o deficitarios (lo importante no es ganar sino legitimar).

Actos de ocultamiento o tenencia:

1. Se encuentran criminalizados en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1106.
2. Son aquellas operaciones que consolidan el momento final del lavado de activos o etapa de integración.
3. Es una práctica propia de los testaferros que pueden aparecer como asesores financieros, empresarios, apoderados, administradores, representantes, locadores, etc.
4. Se trata de conductas que recaen exclusivamente sobre bienes mezclados, es decir, sobre aquellos que por sus sucesivas transformaciones adquirieron una sólida pero ficticia apariencia de legitimidad en la etapa de transferencia y que permite ahora que puedan fusionarse con bienes lícitos radicados en cualquier espacio económico o financiero y mantenerse ocultos o disimulados bajo ese estado.
5. No se trata de esconder físicamente los bienes lavados (la expresión ocultamiento indica disimulación) sino por el contrario hacerlos visibles y socializarlos conjuntamente con bienes de origen lícito en nuevas inversiones o fusiones.
6. El agente debe saber o presumir la condición de bienes lavados cuando los mezcla con bienes legítimos propios o de terceros, integrándolos y procurando mantener a la vez que consolidar esa calidad todo el tiempo que le sea posible (delito permanente).

De acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo 1106 los actos tipificados son:

1. adquirir, 2. utilizar, 3. guardar, 4. administrar, 5. custodiar, 6. recibir, 7. ocultar y 8. mantener en su poder actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores.

Prado Saldarriaga manifiesta que este delito está regulado en el artículo 3 y es una acertada innovación del decreto legislativo 1106, consiste en prácticas abiertas o encubiertas de desplazamiento físico, interno o externo, de dinero en efectivo de cualquier denominación o nacionalidad pero de origen ilegal. Se le considera la manifestación más histórica y básica del lavado de activos (contrabando de dinero o correos de efectivo). También se comprende como objeto de acción de este delito a títulos valores al portador o instrumentos financieros negociables. Este delito es una modalidad especial y tiene lugar durante las etapas de colocación. El artículo 3 tipifica las siguientes modalidades delictivas:

1. Transporte o traslado en el interior del país, 2.hacer ingresar al país y 3.hacer salir del país, actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores. En torno a este delito cabe tener en cuenta lo regulado en la sexta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley 28306, modificada por la cuarta disposición complementaria y modificatoria contenida en el Decreto Legislativo 1006.

También es pertinente concordar su tipificación con lo regulado en el reglamento de la obligación de declarar el ingreso o salida de dinero en efectivo y/o instrumentos financieros negociables emitidos al portador aprobado por Decreto Supremo N° 195-2013-EF. En base a estas normas se deben resolver tres problemas hermenéuticos y prácticos:

1. Su conexión con las infracciones contenidas en los numerales 6.1 y 6.2 y con las consecuencias previstas en los numerales 6.3 y 6.4.
2. Las competencias para la investigación penal o administrativa de casos de ingreso o salida de dinero en efectivo o instrumentos negociables con un modus operandi subrepticio y fraudulento.
3. El procedimiento aplicable y la autoridad competente para la acreditación de ingresos lícitos, actos de transporte y traslado de dinero o títulos valores:
4. Los numerales 6.1 y 6.2 regulan reglas y prohibiciones para el ingreso y salida de dinero en efectivo y títulos negociables al portador, fijando umbrales no superiores a 10.000 y 30.000 dólares
5. Las infracciones a tales disposiciones generan consecuencias sancionadoras que consisten en la aplicación de multas (30% del valor no declarado en caso del 6.1) y en la retención total del dinero o instrumentos financieros al portador (en los casos del 6.1 y 6.2. Todas estas medidas son de competencia de la SUNAT.
6. El proceso de acreditación del origen lícito del dinero o instrumentos financieros al portador es competencia exclusiva de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el plazo de acreditación de 72 horas es en principio improrrogable.
7. El proceso de acreditación sólo alcanza a los supuestos de ingreso y egreso no fraudulento ni subrepticio, la no acreditación habilitará la competencia del Ministerio Público para investigar penalmente tales actos (indicio de lavado de activos).
8. Todo acto de ingreso o salida fraudulentos o subrepticios constituyen también indicios de lavado de activos y deben dar lugar a la incautación del dinero y al inicio de investigación penal por el Ministerio Público.

La estructura operativa en la modalidad interna(a cargo de los propios cárteles mexicanos) es la siguiente:

1. El jefe financiero, 2. el jefe operativo, 3 el coordinador de transporte, 4. el jefe de célula, 5. el jefe de plaza y 6. la red de transportadores.

En la modalidad externa todo el proceso es realizado por el agente financiero (contratista independiente norteamericano), la tipología del transporte y traslado de dinero en la frontera México-Usa.

El artículo 4 del Decreto Legislativo 1106 regula un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes específicas que operan con cualquiera de los delitos de lavado de activos (Víctor Prado Saldarriaga: (www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf)).

8. Conclusiones

- De conformidad con el artículo 93 del Código Civil los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación. Esta responsabilidad en el Derecho Civil recae en el ámbito contractual como extracontractual.
- En la responsabilidad civil cuando el daño que se causa es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla de la responsabilidad contractual, es decir de la responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones, como tener la debida diligencia para gestionar la asociación, no cometer actos que la perjudiquen, etc.
- Los directivos de la asociación, que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición, se exoneran de dicha responsabilidad civil.
- El delito de administración fraudulenta establecido en el artículo 198 impone al actor un deber de fidelidad a la persona jurídica que administra, representa o dirige, debido a la posición de privilegio que ostenta en ella.
- El delito de administración fraudulenta protege el patrimonio social de la persona jurídica; sin embargo, la acción del agente debe estar dirigida a los supuestos del mencionado artículo 198 del Código Penal y si perjudica a la sociedad con otras conductas, será pasible de la comisión de otros delitos patrimoniales en perjuicio de la persona jurídica.
- El sujeto pasivo está representado por la persona jurídica que sufre el perjuicio patrimonial, pero también lo son los socios, asociados, accionistas y terceros que tengan un legítimo interés en la marcha de la persona jurídica.
- El artículo 198 del CP designa al sujeto activo como “el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza (...)”. En el caso de la asociación desempeña las funciones de administración y representación el consejo directivo que se designe, de acuerdo con los artículos 82, 86 y el artículo 93 del C. Civil, que señala la responsabilidad de los directivos
- El bien jurídico que protege el tipo penal de administración fraudulenta está constituido por el patrimonio social de la persona jurídica, entendido como una universalidad jurídica de derechos y obligaciones. Así lo ha entendido el legislador. Por ello, al momento de legislar ha ubicado la figura de fraude en la administración de personas jurídicas entre los delitos rotulados con el nomen iuris de “delitos contra el patrimonio” en el Código Penal. De otro lado, también se protege la tutela de la fe pública, en el sentido de confianza, honestidad, buena fe en los negocios (Expediente N° 20821-2011).

▪ Víctor Hugo Chanduví Cornejo

- En los delitos de lavado de activos regulado por el D. Leg. N° 1106 se deben evaluar también el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 7-2009/cj-116 del 13 de noviembre de 2009 y el artículo 105 a del Código Penal introducido por la ley 30077.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A. 1974. *Responsabilidad Civil. Límites a la Reparación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Código Civil Peruano.

CHANDUVÍ CORNEJO, Víctor Hugo. Responsabilidad de los directores en las sociedades anónimas- Revista Campus. Trujillo- Perú, N° 8. Diciembre 2013. Págs. 9-20.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, en su comentario que realiza al *Código Civil Comentado Tomo I*. Gaceta Jurídica (Gaceta Jurídica, tomo I, pág. 1455- codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf

EXPEDIENTE N° 02243-2010-PA/TC

(<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02243-2010-AA%20Resolucion.html>)

EXPEDIENTE N° 20821-2011. Sentencia de fecha 5-9-2014, emitida por la primera Sala Especializada en lo Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de justicia de Lima, que condena a Guillermo Isaac Alarcón Méndez (presidente del Club Alianza Lima) como autor del delito contra el patrimonio- fraude en la administración de personas jurídicas, en agravio de la Asociación Club Deportivo “Alianza Lima”

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. 2001. *Derecho de las personas*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

GUILLERMO A., Borda. 1996. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Emilio Perrot.

JUÁREZ MUÑOZ, Alberto. Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.940>

JUÁREZ MUÑOZ, Alberto. En Revista Lex-Lima. ISSN: 2313-1861. 2016. Volumen 14. N° 17, Paginación- 187-219. Perú

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Los tipos penales del delito de lavado de activos en el Decreto Legislativo 1106/

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3247_lav_activos_1.pdf

QUINTO PLENO CASATORIO CIVIL -Sentencia del Pleno Casatorio Casación N° 3189-2012-LIMA NORTE. Publicado en el Diario Oficial el Peruano, Sábado 9 de agosto de 2014.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. En el curso de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, dictado en la Academia de la Magistratura- Modalidad a distancia.