

EL DELITO SOCIETARIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Luis M. Reyna Alfaro *

Sumario:

1.- Cuestiones Iniciales.	1
2. El bien jurídico.	5
3. Descripción Típica.....	6
4. Tipo Objetivo.	7
5. Tipo Subjetivo.....	17
6. Consumación.	17
7. Penalidad.	19
8. Colofón.	19

1.- Cuestiones Iniciales.

Aunque el Código Penal peruano ha ubicado los comportamientos de fraude en la administración de personas jurídicas dentro de los delitos contra el Patrimonio, es en virtud al papel que la persona jurídica ha asumido en las modernas sociedades que es posible introducir su estudio en el ámbito del Derecho Penal Económico.

La actividad de la persona jurídica, como todos podemos constatar, se desarrolla principalmente en el ámbito empresarial. La empresa constituye hoy en día, como bien ha subrayado PEÑA CABRERA, más que una unidad económica o de

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente cursa estudios de postgrado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

producción, una comunidad humana compuesta por personas que persiguen un interés común y que se encuentran regidas por determinadas reglas de conducta¹.

Ante esta realidad de la persona jurídica, surgieron ante el Derecho penal serios problemas para lograr una respuesta adecuada ante los abusos por parte de los administradores en el terreno de las sociedades mercantiles, toda vez que las figuras tradicionales de Estafa, Apropiación Ilícita, de maquinaciones para alterar el precio de las cosas o falsedad en documento mercantil, no permiten dar una respuesta adecuada a la problemática producida por los fraudes contra intereses sociales cometidos por los administradores o personas vinculadas cercanamente a la persona jurídica afectada en virtud a un deber de lealtad².

En cuanto a la figura de la Estafa, sería sumamente complicado, como precisa FERRÉ OLIVÉ, apreciar el engaño exigido por el tipo, en la medida que el administrador accede al patrimonio social de manera legítima, sin engaño. A ello se aúna que el acto de disposición patrimonial lo realiza el propio administrador y no un tercero como requiere la figura de Estafa³, en esta distinción ha sido sumamente didáctica la sentencia del Tribunal Supremo español del 9 de Mayo de 1990 (Ponente: BARBERO SANTOS) que precisa: "*es ontológicamente imposible que una persona sea al mismo tiempo engañador y engañado*"⁴.

En cuanto al delito de Apropiación Ilícita, tampoco es posible invocarlo ante actos de administración social desleal, toda vez que estas conductas pueden darse a través de distracción provisional de fondos, lo que no permitiría apreciar la

¹ Citado por: Paredes Infanzón, Jelio. *Delitos contra el Patrimonio*, pág. 247, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

² Ferré Olivé, Juan Carlos. "La Administración Social Fraudulenta (art. 295 del Código Penal)", en: *Cathedra. Revista de Estudiante de Derecho de la UNMSM*, año IV, n° 6, pág. 62-63, Lima, 2000; Ruiz Rodríguez, Luis Ramón. *Protección Penal del Mercado de Valores (Infidelidades en la Gestión de Patrimonios)*, pág. 62-63, primera edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz- Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Ganzenmüller Roig, Carlos/ Escudero M., José Francisco & Frigola Vallina, Joaquín (coords.). *Comentarios al Código Penal de 1995*, pág. 24 y ss., primera edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998; de distinta opinión: Chirinos Soto, Francisco. *Comentarios al nuevo Código penal del Perú*, tomo II, pág. 263, primera edición, Lima, 1993, para quien las figuras tradicionales resultan suficientes para lograr la punición de estas conductas.

³ Ferré Olivé, Juan Carlos. art. cit., pág. 63.

concurrencia de apropiación ilícita. Existen, por otra parte, conductas fraudulentas en el seno de las sociedades mercantiles que no implican, en sentido estricto, un acto de apropiación⁵.

Y es que todas estas conductas tradicionales han sido elaboradas para prevenir ataques externos, por lo que resultarán inútiles frente a enemigos internos, parafraseando a PEDRAZZI, ante un "caballo de troya"^{6,7}. Es por esta razón que DÍAZ-MAROTO da a comprender que los delitos societarios constituirían una modalidad de "criminalidad en la empresa"⁸, siguiendo la diferenciación realizada por SCHÜNEMANN de "criminalidad de empresa" y "criminalidad en la empresa".

Esa es la línea de entendimiento que guió al legislador penal peruano a crear un tipo específico de fraude en la administración de personas jurídicas, siguiendo la ruta seguida por el legislador español que en los proyectos de codificación de 1980 y 1983 también había considerado oportuno crear una figura independiente⁹.

⁴ Citada por: Pérez Céspedes, Ana Isabel. "Los delitos de administración desleal", Ponencia presentada a la I Jornada de Derecho Penal de la Empresa, texto mimeográfico, pág. 6, Universidad de Lima, 2000.

⁵ Ferré Olivé, Juan Carlos. art. cit., pág. 63.

⁶ Pérez Céspedes, Ana Isabel. art. cit., pág. 5.

⁷ La Jurisprudencia peruana ha captado las importantes diferencias entre las figuras de Estafa, Apropiación Ilícita y Fraude en la Administración de Personas Jurídicas a partir de la condición de *intranei* del sujeto activo, así la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad n° 1052-97 (31-08-98) ha señalado: "En el caso materia de autos se presenta lo que en doctrina general se denomina un concurso aparente de leyes entre los delitos de estafa, defraudación y fraude en la administración de personas jurídicas, el mismo que se resuelve al amparo del principio de especialidad a favor del último mencionado delito (...), toda vez que la obtención de un provecho ilícito por medios fraudulentos constituye únicamente la comisión del delito de fraude en la administración de personas jurídicas cuando, como en este caso, el agente es un *intraneus* (...) si bien se ha acreditado fehacientemente que los encausados de forma concertada y fraudulenta se han apropiado de cuantiosos fondos de la empresa agraviada, su conducta ilícita constituye únicamente la comisión del delito de fraude en la administración de personas jurídicas por cuanto éstos han afectado a la empresa agraviada aprovechando sus condiciones de miembros del directorio y gerentes de la misma"; extraída de: División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica. *Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, pág. 113, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

⁸ Díaz- Maroto y Villarejo, Julio. "Las condiciones objetivas de perseguibilidad en los delitos societarios: el artículo 296 del Código Penal", en: *La Ley*. Revista Jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, año XXI, n° 5170, Edit. La Ley, Madrid, 26 de Octubre de 2000.

⁹ Ya el Supremo Tribunal Español, mediante sentencia 29/1/91, destacaba la laguna de punibilidad que generaba el recurso a los tipos tradicionales. "en líneas generales, los supuestos de administraciones fraudulentas, no pueden integrar los tipos de estafa, porque no hay engaño

Distinta opción se observa, por ejemplo, en el Código penal argentino, en donde la administración desleal encuentra sustento legal en el artículo 173.7 del mencionado cuerpo normativo¹⁰, como una modalidad de Defraudación patrimonial.

El legislador penal peruano, conforme se deduce del análisis del artículo 198 del C.P., cuya mayoría de supuestos no exigen una efectiva lesión patrimonial¹¹, adoptó el modelo alemán de la *Untrue* o infidelidad, de mayoritaria aceptación en la doctrina penal española. El modelo alemán, establecido en el § 266 StGB (Código penal alemán)¹², nos dice FERRÉ OLIVÉ: "se basa en la criminalización genérica de toda producción dolosa de una lesión patrimonial, cuando se trate de la administración de un patrimonio ajeno"¹³.

La tutela jurídico-penal autónoma de estas conductas encuentra justificación, siguiendo a RUIZ RODRÍGUEZ, en la mayor confianza depositada en el agente, en el

en los términos de tal infracción delictiva, o porque en todo caso, el que engaña en los sentidos de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que lógicamente excluye la tipicidad del artículo 528 del Código Penal, ni el de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero, o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no la "propiedad de cosas determinadas"; extraída de: Ruiz Rodríguez, Luis Ramón. ob. cit., pág. 63.

¹⁰ "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que el establece: (...) El que, por disposición de la ley, de la autoridad o de un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de estos".

¹¹ Con lo que estamos ante un delito de peligro concreto para el patrimonio o, como lo denomina Nieto Martín, un "delito de peligro societario"; al respecto: Nieto Martín, A.. *El Delito de Administración Fraudulenta*, pág. 245, Barcelona, 1996; Martínez- Buján Pérez, Carlos. "El delito societario de Administración Fraudulenta", en: *Estudios Penales y Criminológicos*, n° XVII, pág. 309.

¹² StGB (Código Penal Alemán):

"§ 266: I. Quien abuse del encargo administrativo o de la competencia concedida, por medio de ley, para un negocio jurídico, para disponer u obligar a otro sobre un patrimonio ajeno, o quien quebrante un encargo administrativo, un negocio jurídico o un compromiso vinculante de una relación de fidelidad para velar intereses ajenos y, con ello, cause perjuicio a aquel por cuyos intereses patrimoniales deba velar, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

II. En casos de especial gravedad la pena será de privación de libertad de uno a diez años.

III. Procederá aplicar los §§ 243, apartado II, así como los §§ 247 y 248".

¹³ Ferré Olivé, Juan Carlos. art. cit., pág. 64.

aumento de riesgo para el patrimonio social, así como los especiales poderes que se le atribuyen al representante¹⁴.

La doctrina penal alemana ha clasificado las modalidades de administración fraudulenta en atención a la fase de la relación que resulte protegida.

Así las cosas, el titular del patrimonio puede ser protegido tanto en las relaciones externas – *Missbrauchtatbestand*– como en las relaciones internas – *Treubruchtatbestand*–, no obstante tal diferenciación, el tratamiento penal, como bien ha precisado RUIZ RODRIGUEZ, es idéntico en ambos casos¹⁵.

2. El bien jurídico.

La doctrina penal mayoritaria, con la que concuerdo, estima que el bien jurídico protegido penalmente en el artículo 198 del Código Penal peruano es el patrimonio social, entendido como “universalidad jurídica de derechos y obligaciones”¹⁶.

Una fórmula más amplia es, por ejemplo, la argumentada por PÉREZ CÉPEDA, NIETO MARTÍN, RODRÍGUEZ- MOURULLO y, en la doctrina nacional, BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, para quienes el bien jurídico del delito de administración desleal viene constituido por el “patrimonio de la persona jurídica y de terceros”, partiendo para ello de la diferenciación hecha entre el bien jurídico y el objeto de la acción, este último conformado por el patrimonio de la sociedad¹⁷.

Según RODRÍGUEZ RAMOS, comentando el artículo 295 del Código Penal español, el bien jurídico puede ser “el patrimonio, el orden socioeconómico o ambos

¹⁴ Ruiz Rodríguez, Luis Ramón. ob. cit., pág. 67.

¹⁵ Ruiz Rodríguez, Luis Ramón. ob. cit., pág. 67.

¹⁶ Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 248; de similar opinión: Salinas Siccha, Ramiro. “Fraude en la Administración de Personas Jurídicas”, en: el mismo. *Delitos contra la Vida y otros estudios de Derecho Penal*, pág. 157, primera edición, Palestra Editores, Lima, 1997.

¹⁷ Pérez Cépeda, Ana Isabel. art. cit., pág. 7; Rodríguez-Mourullo Otero, Gonzalo. “El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal”, en: Bacigalupo Zapater, Enrique (Director). *La Administración Desleal*, pág. 28-29, primera edición, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; Bramont- Arias Torres, Luis Alberto & García Cantizano, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 361, cuarta edición, Edít. San Marcos, Lima, 1998.

en conjunción"¹⁸. No obstante, habría que tener en consideración que la postura del citado autor españoles tiene su punto de partida en el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 296 del Código Penal español que hace de éste delito uno semi- público.

Para SALINAS SICCHA, aunque estamos ante un tipo patrimonial, la protección se dirige también hacia la confianza y la buena fe en los negocios, entendida como *bona fide*¹⁹.

El bien jurídico, en este delito, viene constituido por el "patrimonio social", que supone una pluralidad en la ofensa, pues implica la lesión inmediata del patrimonio social y la afectación mediata del patrimonio individual de la persona natural componente de la persona jurídica²⁰. A esta postura puede argumentarse que deja ayuno de protección el patrimonio de los terceros que han celebrado negocios con la persona jurídica sujeta a administración desleal, empero, resulta evidente que para la protección del patrimonio de dichos sujetos se debe recurrir a otras figuras patrimoniales como la Estafa o la apropiación indebida.

3. Descripción Típica.

"Art. 198.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

¹⁸ Rodríguez Ramos, Luis. "La Administración Desleal del artículo 295 del Código penal", en: Bacigalupo Zapater, Enrique (Director). ob. cit., pág. 37-38

¹⁹ Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 158.

²⁰ De similar opinión: Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 249; García Rada, Domingo. *Sociedad Anónima y Delito*, pág. 39, Lima, 1972.

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. **Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.**
6. **Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.**
7. **Asumir préstamos para la persona jurídica.**
8. **Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona."**

4. Tipo Objetivo.

§ 1. En cuanto al sujeto activo podemos afirmar que estamos ante un delito especial por lo que el sujeto activo sólo podrá ser aquel fundador, miembro del directorio, miembro del consejo de administración, miembro del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica que ejecute alguna de las conductas tipificadas. Queda excluido del círculo de sujetos activos el administrador de hecho.

Ahora bien, la interpretación de dichas categorías exige el recurso a la legislación extrapenal, principalmente la Ley General de Sociedades.

En virtud a lo expuesto, trataremos, en líneas generales, de marcar algunas características de cada uno de los posibles sujetos activos de la conducta.

a) Fundador.- Las exigencias para considerar a una persona fundador de una persona jurídica varía en función al tipo de sociedad que se haya constituido, lo que supone una remisión interpretativa a los artículos 70 y 71 de la Ley General de Sociedades.

Así, en el caso de las sociedades anónimas, se considera como tal a aquel que suscriba la escritura constitutiva y las acciones, en caso de tratarse de una fundación simultánea de una persona jurídica, o quienes suscriban el programa de fundación, en el caso de constituciones por suscripción pública.

Otro tipo de personas jurídicas exigen únicamente que estos hayan otorgado la escritura pública de constitución²¹.

b) Miembro del Directorio.- El directorio se erige como el órgano colegiado de las sociedades.

El directorio puede ser elegido por junta general o por junta especial, esto último en el caso de existir una o más clases de acciones y a cada una de ellas le corresponda elegir un determinado número de miembros del directorio²².

c) Consejo de Administración.- Órgano que aparece básicamente en las Cooperativas. Su función es encargarse del funcionamiento administrativo de la Cooperativa²³.

d) Consejo de Vigilancia.- Propio de las Cooperativas. El consejo de vigilancia se encarga de fiscalizar el funcionamiento de las cooperativas²⁴.

e) Gerente.- En las personas jurídicas las labores de administración directa e inmediata son asumidas por el Gerente, quien se encarga de ejecutar las decisiones adoptadas por el órgano superior de mando. Es un cargo de confianza, motivo por el cual puede ser revocado en cualquier momento²⁵.

f) Administrador.- La figura del administrador se da básicamente en las sociedad irregulares o en asociaciones en participación. Su función es representar y realizar la gestión de negocios de la persona jurídica²⁶.

g) Liquidador.- A partir de la disolución de una persona jurídica y la consecuente extinción de la relación social corresponde al liquidador hacerse cargo de la representación legal de la persona jurídica durante el proceso de liquidación²⁷.

Ahora bien, sin pretensión de realizar un análisis exhaustivo de la cuestión, debemos subrayar los serios problemas que supone para el Derecho penal la

²¹ Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 250.

²² Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 251.

²³ Ibid., pág. 252.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., pág. 252-253.

²⁶ Ibid., pág. 253.

²⁷ Ibid.

determinación de responsabilidad en el seno de órganos colegiados cuando los hechos punibles deriven de la adopción de acuerdos²⁸, ya el primer anteproyecto de Ley General de Empresa establecía disposiciones destinadas al levantamiento del "velo societario" que permitían que el Juez "en caso de abuso indebido de la persona jurídica o de fraude a la ley, puede responsabilizar directamente a los miembros, directores y administradores de la persona jurídica", no obstante, esta figura deberá operar sólo para determinados casos²⁹, cuando pueda considerarse que la personalidad jurídica constituye una pantalla formal para ocultar "una situación jurídico- material afectante a un único sujeto"³⁰.

En la utilización de la fórmula del "levantamiento del velo societario" es de mencionar la experiencia española. Sumamente significativa resulta la S.T.S. del 24 de Julio de 1989 (Ponente: BACIGALUPO ZAPATER), en un proceso por delito de alzamiento de bienes señala:

"Sostiene la defensa del recurrente que los hechos fueron cometidos antes de la introducción del artículo 15 bis en el CP y que, en consecuencia, si se entiende que el delito del art. 519 CP (*derogado*) es un delito especial que sólo puede ser cometido por el deudor, sería claro que, al tiempo de la realización de las acciones imputadas, el procesado no era personalmente deudor, lo que impediría su responsabilidad penal por inexistencia de una disposición similar al art. 15 bis. El motivo debe ser desestimado.

A partir de la sanción del art. 15 bis CP ha quedado claro que la jurisprudencia de esta Sala, que con anterioridad al mismo extendía la responsabilidad penal a los representantes de personas jurídicas que

²⁸ Al respecto: Meini Méndez, Iván Fabio. "Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado", en: "*Derecho penal*", Universidad de Fribourg, disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/edpart/edpmeini.htm>.

²⁹ Detalladamente: Gutiérrez Camacho, Walter. "El Levantamiento del velo societario", en: Hundskopf Exebio, Oswaldo & Gutiérrez Camacho, Walter. *Estudios Societarios y Ley General de Sociedades*, pág. 279, primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

³⁰ Silva Sánchez, Jesús María. "La autoría delictiva en estructuras organizadas (en empresas, poderes públicos, organismos) sobre la base de casos de la jurisprudencia", en: Silva Sánchez, Jesús María & Suárez González, Carlos. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, pág. 51, primera edición, Edit. Grijley, Lima, 2001.

carecían de los elementos de autoría exigidos por el tipo, sólo dados en la persona jurídica representada, tenía un débil respaldo legal y era susceptible de ser puesta en duda en relación al principio de legalidad. Aunque ello no le quita a dicha jurisprudencia, como es lógico, un evidente sentido de justicia, que la L.O. 8/83, de 25 de junio, no ha hecho sino ratificar, es indudable que si el art. 15 bis fue introducido en el Código penal por el reclamo de esa misma jurisprudencia, que reconocía la 'lamentable laguna normativa' reinante en esta materia – cfr. SsTS de 19 de enero de 1974 y de 30 de diciembre de 1978- y que se veía obligada a invocar para sostener sus decisiones principios generales, hoy tales principios ya no podrían desplazar al de legalidad, sobre todo cuando éste adquirió jerarquía constitucional.

Sin embargo, todas estas consideraciones no son decisivas para el caso presente. En efecto, la laguna legal que alega el recurrente y que señalaba la jurisprudencia sólo sería de apreciar si el procesado ha actuado verdaderamente en nombre de otro al que incumben las obligaciones cuya infracción es la materia del delito.

A estos fines es decisiva la realidad patrimonial y no la realidad jurídica formal. En efecto, si la existencia de una persona jurídica es simplemente en forma externa, que no importa una verdadera independencia de los patrimonios, porque sólo revela una modalidad comercial de las operaciones de un único sujeto o sujetos individuales, no cabe ya hablar de una actuación en nombre de otro. En tales situaciones por el contrario, se tratará de una actuación en nombre propio, aunque utilizando exteriormente una personalidad jurídica diferente. Una interpretación que tome en cuenta la finalidad perseguida por el legislador, de no permitir que con el amparo de formas jurídicas destinadas a fines lícitos, se logre la impunidad de comportamientos merecedores de pena como los definidos en los arts. 15 bis y 519 CP (*derogado*), no puede sino acordar preferencia a la situación patrimonial real, pues ésta expresa, en verdad, el sentido jurídico penalmente relevante de los hechos.

De todo ello se deduce que en el art. 519 CP (*derogado*) *el sujeto activo, antes y después de la reforma de 1983, es quien, de acuerdo con la realidad patrimonial, resulte titular del patrimonio sobre el que recaen las obligaciones contraídas*³¹.

En la misma línea aparece la S.T.S. de 6 de marzo de 1990 (Ponente: RUIZ VADILLO):

"No sólo en el Derecho penal sino incluso en los derechos civil y mercantil se habla de la necesidad de descorrer, desde el punto de vista societario, el velo que puede ocultar realidades insoslayables desde el punto de vista social y jurídico, y en este sentido hay que decir que los procesados eran realmente las sociedades mismas; que, desde el punto de vista jurídico- económico, no había la diferencia base del art. 15 bis: el directivo u órgano de la persona jurídica o su representante legal o voluntario, por una parte, y la persona jurídica o moral, por otra. No había necesidad de acudir a él en este caso; los procesados actuaban de hecho en una situación de identificación con la persona o ente incorpóreo y por ello el Derecho penal y el proceso que lo aplica, como antes se dijo, contemplan realidades vivas y no simples apariencias o formalidades (...). La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden 'correr el velo' tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social"³².

§ 2. El sujeto pasivo resulta ser la persona jurídica como ente colectivo, aunque entendemos que la lesividad social del delito societario trasciende a la propia

³¹ Extraída de: Silva Sánchez, Jesús María. "La autoría delictiva en estructuras organizadas (en empresas, poderes públicos, organismos) sobre la base de casos de la jurisprudencia", pág. 51-53.

³² Extraída de: Silva Sánchez, Jesús María. "La autoría delictiva en estructuras organizadas (en empresas, poderes públicos, organismos) sobre la base de casos de la jurisprudencia", pág. 53-54.

persona jurídica afectada. Distinta posición adoptan en nuestra doctrina GARCÍA RADA, PAREDES INFANZÓN, PÉREZ CÉPEDA y BRAMONT- ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO.

Según el profesor GARCÍA RADA, el fraude en la administración de personas jurídicas constituye un delito pluri- ofensivo pues no lesiona sólo los intereses de los accionistas de la persona moral sino que "pueden causar perjuicios en un vasto sector de la ciudadanía y perturbar hondamente el orden económico del país"³³.

PAREDES INFANZÓN, pese a asumir como bien jurídico el "patrimonio social" estima como posibles sujetos pasivos a la persona jurídica, un socio o un tercero, lo que en última instancia quiere decir "cualquier persona"³⁴.

Por su parte la profesora española PÉREZ CÉPEDA estima que en los actos de administración desleal: "Los sujetos pasivos son la persona jurídica y los terceros"³⁵. Similar opinión sostiene RODRÍGUEZ RAMOS al comentar la legislación española, aunque excluye a la Sociedad pues no aparece "como expreso sujeto pasivo del delito", afirmar lo contrario supondría una incorrecta aplicación extensiva del tipo³⁶.

Finalmente, BRAMONT- ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, en la misma línea de ideas, precisan: "Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, física o jurídica, que resulte perjudicada con el comportamiento del sujeto activo"³⁷.

§ 3. El legislador peruano consideró conveniente enumerar las acciones que estima fraudulentas contra la persona jurídica³⁸, utilizando la fórmula de *numerus clausus*³⁹, así el artículo 198 del Código Penal ha sido elaborado en función a ocho supuestos, que pueden ser clasificados en: conductas de falsedad en balances y

³³ García Rada, Domingo. *Sociedad Anónima y Delito*, pág. 36. Con ésta afirmación se contradice con su posición respecto al bien jurídico tutelado.

³⁴ Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 253.

³⁵ Pérez Cépeda, Ana Isabel. art. cit., pág. 11.

³⁶ Rodríguez Ramos, Luis. art. cit., pág. 40.

³⁷ Bramont- Arias Torres, Luis Alberto & García Cantizano, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 361- 362.

³⁸ Críticamente, por considerar demasiado lato y extensivo el tipo: Ghersi, Enrique. "¡Abajo el Código Penal!", en: *Themis. Revista de Derecho*, n° 32, pág. 116, Lima, 1995.

³⁹ Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 159.

documentos (párrafos 1, 2 y 5) y actos de administración desleal en sentido estricto (párrafos 3,4,6,7 y 8)⁴⁰.

A continuación procederemos al análisis de cada uno de los supuestos contenidos en el artículo 198 del Código Penal.

1. *Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*

A través de esta conducta el sujeto activo pretende, vía acción u omisión, esconder, encubrir o disimular una determinada situación o estado de la persona jurídica, contenida en el documento conocido como Balance.

El Balance, como bien ha anotado TORRES Y TORRES: "es el instrumento fundamental de referencia que tienen los diversos grupos de interés alrededor de la empresa, para conocer sus derechos patrimoniales dentro de la masa común". Por esto concluye afirmando que el Balance Falso: "es el principal y más importante delito que puede producirse en una empresa ya que sus consecuencias pueden abarcar daños a un gran sector de la comunidad"⁴¹.

Una interpretación estricta del presente párrafo nos lleva a discrepar con PAREDES INFANZÓN, para quien el delito puede ser cometido a través de "un balance, un inventario, una cuenta de ganancias o pérdidas, informes o memorias, y los informes de lo que se decidió en asambleas o juntas generales pasadas"⁴². Una lectura correcta del artículo 198.1 del Código Penal entiende que los actos de falsedad

⁴⁰ Pérez Cépeda, Ana Isabel. art. cit., pág. 12.

⁴¹ **Torres y Torres Lara, Carlos**. "El Balance Falso", en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n° 24, pág. 39, Lima, 1987.

respecto a la situación de la persona jurídica⁴³ deben encontrarse reflejados en el Balance, documento que contiene el estado de activos y pasivos de la persona jurídica, o en partidas contables, caso contrario, la conducta no podrá ser subsumida en el artículo 198.1 del Código Penal⁴⁴ y sólo podrá lograrse la punición a través del artículo 198. 2 del Código Penal.

2. *Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*

El párrafo segundo del artículo 198 C.P., cuyo antecedente es posible ubicarlo en el artículo 248 del derogado C.P. de 1924^{45,46}, reprime una modalidad de falsedad en el seno de la persona jurídica que supone el incumplimiento de un deber de veracidad.

Los integrantes de la persona jurídica, así como el público en general tienen el derecho a contar con información veraz respecto a la situación de la persona moral y en cuya virtud tendrá la opción de guiar sus decisiones⁴⁷.

3. *Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*

⁴² Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 254.

⁴³ En estos actos, como bien refiere Rodríguez- Mourullo, la falsedad constituye "*un modo de ataque al patrimonio ajeno o a su seguridad*"; véase: Rodríguez- Mourullo Otero, Gonzalo. art. cit., pág. 22.

⁴⁴ De nuestra opinión: Bramont- Arias Torres, Luis Alberto & García Cantizano, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 362; Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 159.

⁴⁵ Código Penal Peruano de 1924 (derogado):

"Art. 248°.- El que en la condición de fundador, de miembro de un consejo de administración u órgano de control o de vigilancia de una sociedad anónima o cooperativa, o en la condición de director, delegado o liquidador, hubiere intencionalmente dado o hecho dar informaciones contrarias a la verdad en las comunicaciones al público, en los informes o proposiciones destinados a la asamblea general o en las comunicaciones o demandas dirigidas al registro, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de tres a noventa días.

La pena será de prisión o multa, si el delincuente hubiera actuado por negligencia".

⁴⁶ Con mayor detenimiento sobre la regulación del art. 248 del C.P. de 1924: García Rada, Domingo. *Sociedad Anónima y Delito*, pág. 24 y ss..

⁴⁷ García Rada, Domingo. *Sociedad Anónima y Delito*, pág. 59.

A través de este párrafo se busca evitar la cotización de acciones, títulos o participaciones de la persona jurídica sin que dichos documentos posean un contenido patrimonial real.

Estimo incorrecta la postura de SALINAS SICCHA, para quien, siguiendo a CREUS, la conducta delictiva aquí descrita se configura también cuando se pone en circulación valores falsos⁴⁸.

La protección penal se encuentra dirigida, de manera inmediata, al patrimonio de la persona jurídica y trasciende mediatamente al mercado.

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

En este supuesto, la conducta típica consiste en la aceptación de acciones o títulos de la persona jurídica como garantía de crédito, estando ello prohibido por los estatutos y por ley.

La Ley General de Sociedad niega expresamente la posibilidad de utilizar acciones o títulos en garantía de la misma persona jurídica, bajo responsabilidad del directorio (art. 106 L.G.S).

Las razones de la tutela penal se basan, en este caso, en la carencia de sustento patrimonial real de las acciones o títulos entregados en garantía, hecho que supone la imposibilidad material de ejecutarlos⁴⁹.

5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.

La finalidad perseguida por el sujeto activo es la obtención de ventaja patrimonial a través de la repartición de utilidades que en el estado real económico de la persona jurídica no existen.

El medio que se utiliza para lograr dicho beneficio patrimonial es el Balance de la persona jurídica que al verse fraguado refleja un estado económico irreal.

Carece de diferencia en sede penal si el balance real de la persona jurídica en realidad arroja dividendos o no, el injusto se configura incluso cuando el balance refleja mayores dividendos que los reales.

⁴⁸ Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 161.

⁴⁹ Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 256-257; Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 162.

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

La omisión típica se traduce en no comunicar al Directorio, Consejo de Administración, Consejo Directivo u otro órgano similar, la existencia de intereses personales que aparezcan como incompatibles con los de la persona jurídica.

Ya el art. 180 de la LGS establece disposiciones expresas respecto a los conflictos de intereses, el citado precepto obliga a los directores a no participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad en la que participan, sin contar con su autorización.

Este párrafo supone además la violación de un deber de lealtad hacia la persona jurídica.

Para PÉREZ CÉPEDA, hubiese sido correcto que el tipo recoja expresamente otras conductas omisivas de semejantes desvalor como el no aprovechamiento, con el fin de obtener un beneficio patrimonial, de oportunidades de incrementar el patrimonio administrado o permitir fallos en la producción de la sociedad⁵⁰.

7. *Asumir préstamos para la persona jurídica.*

Este supuesto se produce cuando el agente obtiene préstamos para la persona jurídica sin seguir las formalidades de ley.

El asumir préstamos para la persona jurídica significa haber faltado a los principios de veracidad y publicidad que la ley o el estatuto exigen⁵¹.

8. *Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona.*

Como bien anota PAREDES INFANZÓN, este supuesto pretende proteger a la persona jurídica de actos de liberalidad que pongan en peligro el capital social de la persona jurídica⁵².

Encuentran cabida dentro de esta modalidad de administración desleal tanto la utilización de bienes como la de dinero. Así el tipo se configurará, por ejemplo, cuando el sujeto activo utilice dinero de la persona jurídica o cuando ésta haga uso de los ordenadores de la persona moral para usos personales.

⁵⁰ Pérez Cépeda, Ana Isabel. art. cit., pág. 15.

⁵¹ Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 258; Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 164.

⁵² Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 258.

5. Tipo Subjetivo.

El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas exige la presencia de dolo, no es necesaria la presencia de ningún especial elemento subjetivo⁵³.

De distinta forma se ha pronunciado nuestra Jurisprudencia, así, por ejemplo, la Sexta Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios (Exp. n° 6316-97, del 01 de Diciembre de 1997) estima que el delito descrito en el art. 198.8 C.P. exige la presencia de un elemento subjetivo adicional, por esta razón indica: "*además de acreditarse objetivamente el perjuicio al ente jurídico, subjetivamente debe existir en el elemento volitivo del agente dolo conjuntamente con el ánimo de lucrar en su beneficio o en el de tercero, verificándose tal elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo, con el deseo de obtener provecho para sí o para un tercero*"⁵⁴.

6. Consumación.

Al ser varios los supuestos de hecho comprendidos en el art. 198 del C.P., el momento de consumación se ubica en relación al análisis individual de cada conducta.

El supuesto contenido en el párrafo primero del art. 198 del C.P. encuentra su punto de consumación en el momento en que el sujeto activo pone a conocimiento de los socios, accionistas o terceros interesados el balance contenido un estado económico irreal, no se requiere un efectivo perjuicio patrimonial en la persona jurídica.

⁵³ De la misma opinión: Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 259.

⁵⁴ Extraída de: La Rosa Gómez de la Torre, Miguel. *Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario 1996- 1997*, pág. 297- 298, primera edición, Edit. Grijley, Lima, 1999.

En cuanto al segundo supuesto, éste se consuma cuando se proporcionan datos falsos relativos a la persona jurídica, no siendo necesario que se produzca un beneficio patrimonial en el sujeto activo o un desmedro en el sujeto pasivo de la conducta, en consecuencia, estamos ante un tipo de mera actividad.

La figura descrita en el tercer párrafo del art. 198 del C.P. se consuma cuando el sujeto activo realiza actos tendentes a lograr una cotización falsa de acciones o participaciones de la persona jurídica⁵⁵.

La consumación en el cuarto párrafo se dá cuando el sujeto activo recibe y acepta en garantía de créditos acciones o títulos de la propia persona jurídica que otorga el préstamo.

El supuesto de hecho propio del quinto párrafo se consuma en el momento en que el balance que refleja la situación económica de la persona jurídica resulta fraguado con la finalidad de lograr dividendos inexistentes⁵⁶. Resulta sumamente problemático lograr aquí comprobar la presencia del elemento subjetivo.

El párrafo sexto describe una figura de omisión⁵⁷ que se concreta cuando el sujeto activo omite comunicar a los órganos de dirección y gestión establecidos en el tipo, la existencia de alguna incompatibilidad de intereses.

⁵⁵ En contra Paredes Infanzón, para quien el delito se consuma con la emisión de las acciones o participaciones; en: Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 260. Más correcta es la postura de Salinas Siccha, quien exige como mínimo que las acciones hayan sido puestas al mercado; al respecto: Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 161.

⁵⁶ En contra Paredes Infanzón y Salinas Siccha, para quien la conducta encuentra su punto de consumación en el momento de la distribución de utilidades y dividendos: Paredes Infanzón, Jelio. ob. cit., pág. 260; Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 163.

⁵⁷ De distinta opinión Salinas Siccha, para quien la conducta es de comisión por omisión; Salinas Siccha, Ramiro. art. cit., pág. 164.

Tenemos que la consumación del supuesto establecido en el séptimo párrafo del artículo en análisis se produce cuando el agente obtiene el préstamo a favor de la persona jurídica.

Finalmente, la conducta descrita en el párrafo octavo del art. 198 del C.P. requiere únicamente que el sujeto activo haya utilizado, en provecho propio o de tercero, un bien de la persona jurídica, no exigiéndose perjuicio patrimonial en ésta.

7. Penalidad.

La penalidad prevista para las conductas descritas en el art. 198 del C.P. es de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, procede la suspensión de la ejecución de la pena, en tanto concurren los requisitos previstos en el art. 57 del C.P..

Es posible, en virtud a lo dispuesto en el art. 39 del C.P. y en la medida que el hecho punible constituya abuso de cargo, de profesión o violación de un deber inherente al comercio, industria o actividad regulada por la ley, aplicar la pena accesoria de Inhabilitación⁵⁸.

El auto de apertura de proceso será con mandato de comparecencia pues la penalidad a imponer no superará los cuatro años.

8. Colofón.

El presente trabajo ha tratado de brindar un soporte básico para el conocimiento del estado actual de los denominados "delitos societarios" en el Código penal peruano, a la par que se intenta hacer algunos aportes a la doctrina general de dichos delitos.

⁵⁸ La omisión de incluir en el catálogo de penas la de inhabilitación ha sido objeto de crítica por parte de Pérez Céspedes, en: Pérez Céspedes, Ana Isabel. art. cit., pág. 17.

