

## LA ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO DE PERSONA JURÍDICA\*

PERCY GARCÍA CAVERO  
Profesor de Derecho penal  
Universidad de Piura

**Resumen:** En este trabajo, el autor se ocupa de precisar los aspectos particulares del delito de administración fraudulenta de persona jurídica, al cual enmarca en el llamado “Derecho penal societario”.

### I. Introducción

La administración de un patrimonio ajeno puede dar lugar a un conjunto de irregularidades. Por un lado, el administrador puede abusar de la libertad que tiene para administrar el patrimonio y afectar de esta manera a terceras personas. Pero, por otra parte, el administrador puede también infringir una serie de deberes de fidelidad frente al patrimonio, afectando finalmente la confianza depositada por los titulares o beneficiarios del patrimonio. Ambos supuestos de administración desleal pueden configurar un ilícito penal, en la medida que afecten gravemente los intereses patrimoniales de los titulares del patrimonio o de terceras personas. Si se abusa de las facultades de administración para perjudicar a terceras personas, el ilícito penal asumirá la forma de un delito de dominio, mientras que si se trata de la infracción del deber de fidelidad patrimonial frente al titular del patrimonio administrado, estaremos ante un delito de infracción de un deber<sup>1</sup>.

En el Código penal encontramos diversos supuestos de administración desleal penalmente sancionados. En primer lugar, cabe mencionar el artículo 198 del Código penal, el cual tipifica una serie de supuestos de administración fraudulenta cometidos en el ámbito de las

\* Artículo publicado en Libro Homenaje a Domingo García Rada, Editorial Adrus, Arequipa 2006, p. 239 y ss.

<sup>1</sup> Punto de partida de nuestro estudio dogmático es la diferencia entre delitos de dominio y delito de infracción de un deber (vid., básico, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., Berlin, 1991, Apdo 1, n.m. 7). En el ámbito de la administración de patrimonio ajeno he utilizado esta diferenciación anteriormente para precisar los criterios de imputación (vid., GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 244 y s.). Por el contrario, SCHÜNEMANN, *LK*, 11. Aufl., Berlin, 1998, § 266, n.m. 17 y ss.; DONNA, *Derecho penal*, PE, II-B, Buenos Aires, 2001, p. 409 y s., sostienen que la administración desleal o fraudulenta se sustenta siempre en un dominio sobre el patrimonio ajeno, de manera que tal que sólo cabe hablar de un delito de dominio.

personas jurídicas. Este tipo penal castiga a los directivos o administradores de una persona jurídica que en el ejercicio de sus facultades de dirección o administración perjudican patrimonialmente a la propia persona jurídica o a terceros interesados. Los supuestos de administración fraudulenta, sin embargo, no se limitan a los realizados sobre el patrimonio de una persona jurídica. El Código penal actual contempla en su artículo 213A los casos de administración fraudulenta sobre un patrimonio de propósito especial. El tipo penal de administración fraudulenta de patrimonio de propósito especial castiga, al igual que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, actos irregulares de administración de un patrimonio ajeno, pero, a diferencia de éste, no se realiza necesariamente en el marco de la administración de una persona jurídica. Si bien existe en ambos tipos penales un mismo punto de partida (la administración de un patrimonio ajeno), cada figura delictiva asume rasgos propios con claras diferencias dogmáticas.

En esta contribución al libro homenaje que merecidamente se le rinde al recordado maestro universitario Domingo García Rada, quisiera ocuparme de precisar los aspectos particulares del delito de administración fraudulenta de persona jurídica. Este delito se enmarca en el llamado Derecho penal societario, el cual no podría ser abordado seriamente en nuestro país sin acudir a las ideas que el ilustre profesor sanmarquino expusiera brillantemente en su obra *Sociedad anónima y delito*. El hecho de que este trabajo se hiciera con referencia al Código penal de 1924 no le resta actualidad a las ideas y argumentos vertidos en el mencionado libro, lo que confirma, por otra parte, la rigurosidad científica con la que el Prof. García Rada emprendía sus investigaciones jurídicas.

## II. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica (artículo 198 CP)

El delito de administración fraudulenta del artículo 198 del Código penal actual tiene su antecedente legislativo más cercano en el artículo 248 del Código penal de 1924<sup>2</sup>. En este artículo del anterior texto punitivo se regulaba el llamado delito de falsos informes societarios, en el que se castigaba al que “en su condición de fundador, de miembro de un

---

<sup>2</sup> Vid., PAREDES INFANZÓN, *Delitos contra el patrimonio*, Lima, 1999 p. 247. Sobre las figuras delictivas que comprendía el artículo 248 del Código penal de 1924, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, 2ª ed., Lima, 1985, p. 141 y ss.

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 proporciones destinadas a la asamblea general o en las comunicaciones o demandas dirigidas al registro”. La regulación actual del delito de administración fraudulenta de persona jurídica sigue castigando, con algunas modificaciones en cuanto a la configuración típica de la conducta, el supuesto específico de falsos informes sociales<sup>3</sup>. Sin embargo, hay que anotar que el legislador penal de 1991 ha procedido a ampliar el ámbito de lo punible a otros supuestos de administración fraudulenta. De esta manera, el artículo 198 del Código penal actual recoge diversos supuestos específicos de administración irregular en el marco de una persona jurídica, los que, desde la valoración político-criminal del legislador penal, merecen una sanción penal.

Desde el punto de vista dogmático, el agrupamiento de diversas conductas de administración irregular de personas jurídicas en un mismo tipo penal solamente puede hacerse si todas ellas afectan un mismo bien jurídico. Por esta razón, para poder entrar en el análisis de las diversas modalidades de administración fraudulenta previstas en el artículo 198 del Código penal, resulta conveniente precisar cuál es el bien jurídico protegido por este tipo penal. Sólo con esta precisión dogmática estaremos en situación de emprender una labor de interpretación ordenada de los diversos supuestos comprendidos en el delito de administración fraudulenta de persona jurídica.

## 1. Bien jurídico

La persona jurídica es definida como “un grupo de personas (tipo asociación) o una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y, siempre como la persona física, con la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus

---

<sup>3</sup> Aunque debe señalarse también que la actual regulación, a diferencia de lo establecido en el Código penal de 1924, no castiga la realización culposa del tipo penal. Sobre el delito de falso informe societario culposo, vid., ROY FREYRE, *Derecho penal peruano*, PE, III, Lima, 1983, p. 245.

órganos”<sup>4</sup>. De esta definición puede colegirse que, al igual que la persona física, la persona jurídica tiene un ámbito interno propio y una participación en el tráfico jurídico. Ahora bien, cómo se organiza internamente la persona jurídica y cómo participa en el tráfico jurídico, son cuestiones que le corresponde decidir libremente a la propia persona jurídica a través de sus órganos de decisión. Sin embargo, en la medida que en la persona jurídica confluyen diversos intereses económicos, existe una especial preocupación por que las personas jurídicas funcionen correctamente y que los que ejercen su dirección o administración no se aprovechen de sus facultades para perjudicar patrimonialmente a otras personas. El ordenamiento jurídico recoge este interés social y, si bien se reconoce la autonomía de los particulares para organizar la entidad, establece ciertas normas imperativas en la administración de las personas jurídicas contra las que no se puede pactar en contrario.

La Ley general de sociedades, por mencionar la parte más emblemática de la legislación de las personas jurídicas, impone un conjunto de obligaciones a los directivos o administradores de una sociedad en aras de preservar ciertos intereses colectivos. El artículo 40 de esta ley, por ejemplo, establece que si se pierde una parte del capital social, no podrá distribuirse utilidades hasta que se reintegre el capital social o se haga la reducción en la cantidad correspondiente. La finalidad de esta disposición legal es clara: no perjudicar a los acreedores con una reducción del capital social que garantiza su crédito, sobre todo en el caso de sociedades de responsabilidad limitada. En la misma línea podría citarse diversos artículos de la Ley general de sociedades que limitan las facultades de administración de los directivos y administradores con la finalidad de preservar los intereses de la propia persona jurídica o de terceros vinculados a ella. La ponderación de intereses que hace el legislador lo lleva a limitar la libertad de dirección y administración de las personas jurídicas mediante prohibiciones y mandatos<sup>5</sup>.

Es indudable que las mencionadas prohibiciones y mandatos dirigidos a los encargados de la administración de las personas jurídicas no deben asumir, en todos los casos, un carácter

---

<sup>4</sup> DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 2ª ed., Madrid, 1984, p. 268.

<sup>5</sup> Vid., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades», *Gaceta Jurídica* 91 (2001), p. 50 y s.

penal<sup>6</sup>. El principio de subsidiariedad del Derecho penal resulta de obligatoria observancia por parte del legislador, por lo que sólo las infracciones más graves deben ser criminalizadas, dejando los aspectos no esenciales y los casos menos graves en manos del Derecho privado o disciplinario<sup>7</sup>. Sin embargo, parece que el artículo 198 del Código penal no ha tenido en cuenta suficientemente este criterio informador de la actividad legislativa, pues ha elevado a la categoría de delito infracciones societarias que podrían haberse ventilado con suficiente solvencia mediante mecanismos de regulación extrapenales<sup>8</sup>. De dudosa necesidad es, por ejemplo, la incorporación, como administración fraudulenta, de los casos en los que los directivos o administradores no comunican intereses incompatibles con la sociedad o aceptan como garantías acciones o títulos de la misma persona jurídica. No cabe duda que estas conductas ponen de manifiesto una falta de seriedad en el desarrollo de las labores de administración de las sociedades, pero resulta exagerado requerir del Derecho penal para solucionar estos problemas. La remoción del cargo y, dado el caso, la indemnización por daños y perjuicio son mecanismos de reacción suficientes para hacer frente a estos comportamientos irregulares. En cualquier caso, la cuestionabilidad de esta decisión legislativa no cambia la situación de que estamos ante una norma penal vigente que debe aplicarse, pese a no compartirse el criterio del legislador. Sin embargo, no debemos olvidar que el juez está también en capacidad de ajustar el sentido del tipo penal mediante su labor de interpretación, de manera que se abarquen sólo los casos realmente graves.

Ya en el plano de *lege lata*, cabe preguntarnos cuál es el bien jurídico penalmente protegido por el artículo 198 del Código penal. Si nos quedamos en el plano del correcto funcionamiento de las personas jurídicas<sup>9</sup>, la infracción penal no distará mucho del sentido de las infracciones societarias. El Derecho penal sería simplemente un refuerzo del fin de

<sup>6</sup> Vid., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, Pamplona, 1996, p. 30 y s.

<sup>7</sup> Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 1, Hamburg, 1976, p. 76 y ss.; MUÑOZ CONDE, «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley orgánica del Código penal», *CPC*, 16 (1982), p. 112; GONZÁLEZ VIZCAYA, «Los delitos societarios en el nuevo Código penal» *AP*, 10 (1997), p. 231; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, Lima, 1997, p. 58 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, p. 23.

<sup>8</sup> Esta misma crítica se achaca a los delitos societarios del Derecho español. Vid., al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), Buenos Aires, 2000, p. 136; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Los delitos societarios», en *Compendio de Derecho penal*, PE, Vol. II, Bajo Fernández (dr.), Madrid, 1998, p. 573 y s.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, ALONSO BALLESTEROS, «Consideraciones en torno al Proyecto de Código penal. Especial referencia a los delitos societarios», *Actualidad financiera*, 1 (1993), p. 15 y ss.

protección del Derecho de sociedades<sup>10</sup>. Por el contrario, si se sostiene que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la persona jurídica<sup>11</sup>, pasaríamos por alto el hecho que el Derecho penal no castiga cualquier afectación del patrimonio, sino los actos que, mostrando un especial carácter defraudatorio, perjudican el patrimonio de la personas jurídica y de terceros vinculados a ella. En este sentido, el bien jurídico no será el patrimonio en sí, sino la expectativa normativa de que los directivos o administradores de una persona jurídica no abusarán o incumplirán sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a ésta o a terceros. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo necesario, para devolver la vigencia a la norma, imponer una sanción penal.

## 2. Figuras típicas

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica está regulado en el artículo 198 del Código penal. Este artículo establece diversas modalidades de realización del delito, a la vez que ciertos elementos comunes a todas las modalidades contempladas. Por ello, antes de entrar en el análisis detallado de cada una de las modalidades de administración fraudulenta de persona jurídica, resulta conveniente que nos ocupemos de los elementos comunes previstos en el tipo penal.

### A. Elementos comunes

#### a. Delito especial propio

<sup>10</sup> Vid., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Gaceta Jurídica* 91 (2001), p.

<sup>11</sup> Así sostiene que el bien jurídico es el patrimonio social, PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, PE, II-A, Lima, 1995, p. 377; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal*, PE, 4ª ed., Lima, p. 329; PAREDES INFANZÓN, *Delitos*, p. 248; SALINAS SICCHA, *Curso de Derecho penal peruano*, III, Delitos contra el patrimonio, Lima 2002, p. 313 y s.; REYNA ALFARO, «La situación espiritual del Derecho penal societario peruano», en *Sistemas penales iberoamericanos, Libro Homenaje al Prof. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*. Lima, 2003, p. 999. En el delito de infidelidad patrimonial alemán, TRÖNDLE/FISCHER, *Stragesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Aufl., München, 2003, § 266, n.m. 2; LACKNER/KÜHL, *Stragesetzbuch*, 24. Aufl., München, 2001, § 266, n.m. 1., consideran que el bien jurídico es el patrimonio. En el mismo sentido, respecto del delito de administración fraudulenta societaria del Derecho español, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 598 y s.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Las relaciones entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida en el Derecho español», en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 256; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Barcelona, 1998, p. 185.

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica es un delito especial propio, pues circunscribe el círculo de autores a ciertos sujetos cualificados: fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica<sup>12</sup>. A diferencia de los delitos especiales que deben interpretarse en concordancia con el artículo 27 que regula el actuar en lugar de otro, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica no contempla un supuesto de responsabilidad penal del representante de una persona jurídica por la realización de hechos típicos en lugar de ésta, sino un delito cometido por un órgano de la persona jurídica en contravención a sus funciones propias de administración. Por ello, en la doctrina penal se suele hablar de delitos de administración en sentido estricto para hacer referencia a estos delitos<sup>13</sup>.

La lectura del tenor del tipo penal de administración fraudulenta de persona jurídica confirma la afirmación general de que los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas están referidos solamente a las personas jurídicas de Derecho privado. Los actos de deslealtad patrimonial cometidos en el marco de las personas jurídicas de Derecho público darán lugar a responsabilidad penal por los delitos de funcionarios, sea como peculado o malversación de fondos. En la medida que se trata de actos de administración fraudulenta de persona jurídica de Derecho privado, el tipo penal ha procurado incluir a los distintos sujetos que asumen labores de administración durante el nacimiento, existencia y extinción de la persona jurídica. En la fase de constitución de la persona jurídica, el tipo penal contempla la figura del fundador, quien, según el artículo 70 de la Ley general de sociedades, se encarga de otorgar la escritura pública de constitución y suscribir todas las acciones en la constitución simultánea, o suscribir el programa de fundación en la constitución por oferta a terceros<sup>14</sup>. Durante la etapa de desarrollo de las actividades de la persona jurídica, el tipo penal prevé la figura del miembro del directorio, del consejo de administración o del consejo de vigilancia, así como el gerente y el administrador. Se trata, en resumidas cuentas, de las personas que

<sup>12</sup> Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 374 y ss.; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 314; VILLA STEIN, *Derecho penal*, PE, II-A, Lima, 2001, p. 165.

<sup>13</sup> KOHLMANN, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers*, Heidelberg, 1990, p. 1 y s.

<sup>14</sup> Vid., con mayor detalle, TORRES MORALES, «La sociedad anónima», en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), Tomo I, Lima, 2003, p. 356 y ss.

ejercen, durante el desarrollo del objeto social, la administración o el control de la administración de las personas jurídicas en sus diversas formas jurídicas. En la etapa de extinción de la persona jurídica se ha contemplado la figura del liquidador, quien se encarga de llevar a cabo todo el proceso de disolución y liquidación de la persona jurídica.

El hecho que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica sea un delito especial impide el castigo como autores de las personas no cualificadas que pueden realizar con pleno dominio del hecho las conductas típicas. La consecuencia de esta ausencia del elemento especial de autoría es que, en cumplimiento del principio de legalidad, estas personas no podrán ser sancionadas en calidad de autores, sino sólo como partícipes *extranei* al hecho. En este sentido, aquéllos que tienen la calidad de órganos fácticos de la persona jurídica no podrán ser abarcados, en principio, por la prohibición penal, mientras no estén reconocidos como tales según las normas jurídicas correspondientes<sup>15</sup>. La única posibilidad de abarcar supuestos de administración de hecho sería recurriendo a una interpretación fáctica del término administrador, desprendida de su sentido jurídico-societario. Hasta donde podría llegarse con esta interpretación fáctica, dependerá de los criterios de imputación utilizados. En caso de tratarse de un delito de dominio, administrador podrá ser cualquiera que asume fácticamente la posición de administrador y puede perjudicar desde esta posición a terceras personas vinculadas a la empresa (dominio social típico). Por el contrario, si se

---

<sup>15</sup> La situación es distinta en el Derecho español donde se recoge expresamente en los delitos societarios al administrador de hecho como destinatario de las normas penales correspondientes –vid., BAJO FERNÁNDEZ, «Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995», en *La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código penal*, Oviedo, 1997, p. 269 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 2000, p. 140 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, «Sujetos responsables en los delitos societarios», *Revista penal*, 1, (1998), p. 21 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «Administrador de hecho y administrador de derecho en el nuevo Código penal», en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, p. 143 y ss. En el Derecho penal alemán esta situación ha sido resuelta mediante opiniones interpretativas del término administrador utilizado por las leyes penales correspondientes (AGG, GmbHG). Para algunos autores el administrador de hecho se incluirá dentro del círculo de destinatarios sólo excepcionalmente –MONTAG, *Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer*, Berlin, 1994, p. 53; TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbHG-Strafrecht*, 3. Aufl., Köln, 1995, §84, n.m. 30; STEIN, «Die Adressaten der §64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung», *ZHR*, 148 (1985), pp. 207, 217– mientras otros acuden a un criterio extensivo basado en la perspectiva fáctica de análisis –GÜBEL, *Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer*, Baden-baden, 1994, p. 24. Por su parte la doctrina italiana acepta una responsabilidad penal de los órganos fácticos fundamentada en una posición especial del sujeto que le permite lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido –vid., así, CONTI, «I soggetti di fatto», en *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dr.), Vol. Primo, Principi generali, Padova, 1990, p. 255 y ss.; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Leggi complementari, I, 9ª ed., Milano, 1994, I, p. 71.

trata de un delito de infracción de un deber, solamente podrá ser administrador aquél sobre quien la persona jurídica ha depositado su confianza. En este sentido, solamente el administrador con nombramiento (válido o defectuoso) podrá ser considerado autor del delito<sup>16</sup>.

b. El perjuicio a la persona jurídica o a terceros

El tipo penal que regula el delito de administración fraudulenta exige, de manera general, que las acciones fraudulentas se realicen “en perjuicio de la persona jurídica o de terceros”<sup>17</sup>. El perjuicio debe entenderse en un sentido patrimonial, en la medida que se trata de un tipo penal enmarcado dentro de los delitos patrimoniales<sup>18</sup>. Este perjuicio puede tener lugar tanto cuando hay una disminución patrimonial como cuando se ha impedido un aumento patrimonial<sup>19</sup>. El punto de discusión se encuentra en la cuestión de si este perjuicio debe entenderse en el sentido de lesión patrimonial o si cabe interpretarlo en un sentido más amplio como peligro de lesión patrimonial. En nuestra opinión, la interpretación más conveniente resulta ser aquélla que engloba no sólo la lesión efectiva, sino también el peligro de lesión, pues en estos delitos el daño patrimonial efectivo resulta muchas veces difícilmente individualizable. Por otra parte, esta interpretación no resulta incompatible con el tenor literal de la ley penal, pues el tipo penal no exige que se produzca una lesión patrimonial, sino que se actúe en perjuicio de la persona jurídica o de terceros. La actuación en perjuicio de otro no requiere necesariamente que se haya producido un daño efectivo, sino también que se haya generado la posibilidad de producir ese daño<sup>20</sup>. En atención a todo lo dicho, consideramos el delito de administración fraudulenta de persona jurídica debe

---

<sup>16</sup> Vid., el desarrollo de esta tesis, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 144 y ss.

<sup>17</sup> Vid., HUNDSKOPF EXEBIO, «El directorio de las sociedades anónimas», en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), Tomo I, Lima, 2003, p. 620. De la opinión contraria, PEÑA CABRERA, *Tratado*, II-A, p. 378 y s.; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 319.

<sup>18</sup> Vid., sobre la valuación económica del perjuicio, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho penal*. PE, Bajo Fernández (dr.), p. 590.

<sup>19</sup> Vid., FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 43 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS, «La administración desleal del art. 293 del Código penal», en *La administración desleal*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1999, p. 41.

<sup>20</sup> Sobre la puesta en peligro del patrimonio como perjuicio patrimonial, vid., ampliamente, GALLEGU SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002, p. 386 y ss. (espec. 406 y ss.).

interpretarse como un delito de peligro concreto que requiere sólo la puesta en peligro del patrimonio de la persona jurídica o de terceros<sup>21</sup>.

En cuanto a la persona afectada por el delito, se entiende sin mayor explicación el perjuicio a la persona jurídica: se refiere a la persona jurídica en la que el autor tiene labores de administración o vigilancia. Por el contrario, en lo referente al perjuicio a terceros, puede encontrarse cierto grado de indeterminación. Para precisar a quiénes se hace referencia con el término “terceros”, hay que tener presente que el delito de administración fraudulenta está en relación con las actividades de las personas jurídicas, por lo que el perjuicio no debe entenderse referido a cualquier tercero, sino solamente a los vinculados con la persona jurídica. El primer gran vinculado, sobre todo en las sociedades mercantiles, es el socio, quien podrá ver perjudicadas sus expectativas patrimoniales si la administración de la sociedad es fraudulenta. Sin embargo, la situación puede ser distinta, y ser el socio el directamente beneficiado con este tipo de administración. Por esta razón, el concepto de tercero puede ampliarse a aquellas personas no propietarias de la sociedad, pero vinculadas patrimonialmente a ésta o que están interesados en contactar con ella. En este sentido, el delito de administración fraudulenta de persona jurídica pierde la limitación que, en principio, le establece el legislador al considerarle un delito patrimonial, pues el ámbito de protección de la norma se extiende a terceras personas ajenas a la estructura societaria. Los acreedores e, incluso, las personas que tienen sólo un interés comercial en contactar con la

---

<sup>21</sup> Igualmente el parecer de REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 996, nota, 22. En el mismo sentido se interpreta el delito de infidelidad patrimonial alemán (vid., LENCKNER/PERRON, en Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, 26. Aufl., München, 2001, § 266, n.m. 51; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 266, n. m. 61) y argentino (CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, «Administración fraudulenta», *Revista de Derecho penal*, 2000-1, Estafas y otras defraudaciones-I, p. 238). Por el contrario, en España el delito societario de administración fraudulenta está configurado como un delito de lesión, lo que ha despertado la crítica de la doctrina [vid., así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), p. 270; BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), p. 152 y s.; DEL ROSAL BLASCO, «Los nuevos delitos societarios en el Código penal de 1995», en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dr.), La Coruña, 1998, p. 134, nota 131; Por el contrario, consideran correcta la decisión del legislador español: GÓMEZ BENITEZ, «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebido y los ilícitos mercantiles», *La ley* N° 4237 (1997), p. 3; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1997, p. 146; CASTRO MORENO, *El delito societario*, p. 419 y s.].

sociedad se encuentran también protegidas por el tipo penal de administración fraudulenta de persona jurídica<sup>22</sup>.

En la medida que consideramos que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica debe ser entendido como un delito de peligro concreto, se presenta el interrogante de si resulta posible castigar la tentativa del delito. En el plano dogmático, el castigo resulta posible<sup>23</sup>, en tanto el autor realice la conducta típica, pero no genere el peligro concreto exigido por el tipo penal. Sin embargo, debemos tener en cuenta que estas conductas por sí mismas configuran ya infracciones societarias que llevan aparejadas responsabilidades civiles y societarias<sup>24</sup>. En este sentido, estimamos que no habría necesidad de castigar penalmente estos supuestos y dejar la solución del conflicto a los mecanismos extrapenales pertinentes.

#### B. Las modalidades de administración fraudulenta

Al regular el delito de administración fraudulenta de persona jurídica, nuestro legislador no ha seguido la forma de regulación utilizada, por ejemplo, por el Código penal alemán (parágrafo 266)<sup>25</sup> o el Código penal español (art. 295)<sup>26</sup>, en donde el tipo penal describe, en general, los elementos comunes de una administración fraudulenta (abuso de facultades de

<sup>22</sup> Vid., en similar sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 377; LAMAS PUCCIO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Lima, 1996, p. 132.

<sup>23</sup> Vid., así, SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 317. En el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Valencia, 2001, p. 39.

<sup>24</sup> Destaca esta situación, GÓMEZ BENITEZ, *La ley* N° 4237 (1997), p. 3.

<sup>25</sup> Sobre las particularidades de esta regulación penal, vid., LENCKNER/PERRON, Schönke/Schröder *StGB-Kommentar*, § 266, n.m. 2; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 266, n. m. 9 y ss.; NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, p. 13 y ss.; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 65 y ss. Similar estructura tienen el § 153 del Código penal austriaco y el § 159 del Código penal suizo –vid., en este sentido, BACIGALUPO/STAMPA BRAUN, *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid, 1980, p. 63.

<sup>26</sup> Sobre las particularidades de esta regulación penal, vid., NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 245 y ss.; RODRÍGUEZ MONTANÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal*, p. 94 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 178 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 547 y ss.; MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de la “infidelidad” y el delito societario del abuso de facultades jurídico-sociales)», *EPC*, T. XVII, Santiago de Compostela, 1994, p. 309 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, «La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 385 y ss.

administración, relación de confianza, perjuicio patrimonial, etc.)<sup>27</sup>. El modelo seguido por el Código penal peruano es más parecido al seguido por la legislación italiana<sup>28</sup>, en la que se tipifica un conjunto de conductas específicas que, desde la óptica del legislador, afectan la correcta administración de las sociedades. El principal problema de esta forma de legislar se manifiesta en el peligro de dejar sin pena muchas otras conductas con igual desvalor jurídico-penal, pero que no se encontrarían abarcadas expresamente por la regulación penal. La imposición de una sanción penal a estos supuestos implicaría contravenir el principio de legalidad. Si bien la técnica legislativa optada por nuestro Código penal puede parecer más garantista, no hay que olvidar que en un campo como el societario, en donde el dinamismo de la actividad económica y las formas de estructuración de las sociedades mercantiles modernas (grandes consorcios, multinacionales, etc.) originan nuevas formas de administración que pueden perjudicar el interés social, resulta más urgente evitar el aprovechamiento delictivo de las estructuras societarias existentes. Por esta razón, un sistema de penalización, como el nuestro, anclado en una forma de tipificación casuística, podría generar considerables vacíos de punibilidad por la falta de adaptación de los tipos penales a la evolución continua del sistema económico<sup>29</sup>. La finalidad garantista del Derecho penal no puede traer como consecuencia la pérdida de los niveles mínimos de prevención.

En cualquier caso, y pese a las dudas que ofrece la técnica legislativa empleada por nuestro legislador en el artículo 198 del Código penal, el hecho es que para poder castigar un acto de administración fraudulenta en una persona jurídica, este acto debe poder subsumirse en alguno de los diversos supuestos específicos contemplados en el artículo 198 del Código

---

<sup>27</sup> Es cierto que entre ambos ordenamientos jurídico-penales existen también diferencias, siendo la más importante el hecho de que la infidelidad patrimonial alemana es un delito patrimonial genérico que sanciona la gestión desleal del patrimonio ajeno sin exigir que sea de una persona jurídica, mientras que el delito de administración fraudulenta español es un delito societario que limita la administración fraudulenta al ámbito de las sociedades. Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), p. 250 y s.; NUÑEZ CASTAÑO, «La conducta típica del delito de administración fraudulenta: delimitación con la apropiación indebida», en *Temas actuales de Derecho penal*, Collantes González (coord.), Trujillo, 2004, p. 392, nota 25; CASTRO MORENO, *El delito societario*, p. 200 y ss.

<sup>28</sup> Vid., sobre esto, críticamente, ANTOLISEI, *Manuale I*, p. 34; FOFFANI, «Delitos societarios», en *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dr.), A Coruña, 1998, p. 68.

<sup>29</sup> Vid., así, en el Derecho penal italiano, MILITELLO, «Infedeltà patrimoniale e corruzione nel futuro del diritto societario», *RTDPE* 40 (2000), p. 906. Sobre la necesidad de evitar tipos penales detallistas que afecten la adaptación de los tipos penales a la multififormidad de la vida económica, GÜBEL, *Die Auswirkungen*, p. 99; FUHRMANN, «Die Bedeutung des "faktischen Organs" in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en *H. Tröndle-FS*, Berlin, 1989, pp. 149, 152; MONTAG, *Die Anwendung*, p. 84 y ss.

penal. Por ello, vamos a ocuparnos, en lo que sigue, de precisar las particularidades típicas de las diversas modalidades específicas comprendidas en el tipo penal. Esta precisión interpretativa resulta de suma importancia, pues nos permitirá develar si estamos ante un delito de dominio o de infracción de un deber; diferencia dogmática básica para determinar los criterios de imputación penal aplicables. Debemos advertir que la exposición no seguirá el orden numérico de los incisos del artículo 198 del Código penal, sino que atenderá a un orden distinto sustentado en razones de mayor claridad expositiva.

a. La omisión de comunicar intereses incompatibles (art. 198 inc. 6)

El artículo 198 del CP en su inciso 6 contempla como supuesto de administración fraudulenta la omisión de comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar la existencia de intereses propios incompatibles con los de la persona jurídica. En primer lugar, debemos reiterar nuestro parecer de que no encontramos una razón político-criminal suficiente para la incriminación de esta conducta<sup>30</sup>. El daño patrimonial es, primeramente, todavía incierto<sup>31</sup>, pues el directivo puede favorecer tanto el propio interés como el interés de la sociedad. Nada más que un razonable egoísmo abogaría por el favorecimiento del interés personal. Si bien esta conducta resulta cuestionable desde el punto de vista de la rectitud de la administración, hay que tener presente que, por ejemplo, la legislación societaria contempla ya algunos mecanismos de reacción ante esta situación. El artículo 161 inciso 6 de la LGS establece que está impedido de ser director de una sociedad anónima el que ocupa cargo directivo en otra empresa que tiene permanentemente intereses contrapuestos con los de la sociedad. Si un director se encuentra en esta situación y acepta el cargo, podrá ser removido, sin perjuicio de la reparación civil a la que hubiera lugar. En el mismo sentido, el artículo 180 de la LGS obliga al director que en una decisión social tiene intereses incompatibles con los de la sociedad a manifestar esta incompatibilidad, así como a no participar en la deliberación y resolución del asunto, pudiendo ser removido del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios, si incumple estas obligaciones.

<sup>30</sup> Vid., así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 185.

<sup>31</sup> Vid., similarmente, GHERSI, «¡Abajo el Código penal!», *Thémis* 32, p. 116. En este sentido, se descarta los casos de conflicto virtual o hipotético (vid., GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 247; ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 307).

Agregar a estas medidas una sanción penal, consideramos que resulta un tanto excesivo. El legislador penal, sin embargo, no lo ha entendido así, por lo que ha criminalizado la omisión de comunicar intereses incompatibles como una forma de administración fraudulenta.

Una primera apreciación de la conducta típica de la omisión de comunicar intereses incompatibles, podría llevar a la conclusión de que se trata de un delito de peligro abstracto<sup>32</sup>. Sin embargo, no debemos olvidar que el tipo penal requiere, además, que la conducta típica se realice en perjuicio de la persona jurídica. Esta exigencia quiere decir que no basta con que el directivo omita comunicar los intereses incompatibles al órgano social correspondiente, sino que es necesario que ese desconocimiento de los intereses incompatibles haya generado un peligro concreto de afectación patrimonial a la persona jurídica. La sola omisión de comunicar los intereses incompatibles configurará una infracción societaria, pero no un ilícito penal. Sólo cuando de esa omisión se haya derivado un peligro de perjuicio patrimonial a la persona jurídica, cabrá hablar de un delito de administración fraudulenta del artículo 198 inciso 6 del Código penal. En términos dogmáticos, puede decirse que la omisión de comunicar intereses incompatibles está configurada como un delito de peligro concreto.

Como cualquier delito cometido por la infracción de un mandato, la omisión de comunicar intereses incompatibles sólo podrá tener lugar desde que el directivo de la persona jurídica toma conocimiento de la existencia de estos intereses incompatibles y puede comunicarlo a los órganos competentes de la persona jurídica para que decidan sobre su permanencia o no en el cargo<sup>33</sup>. En la medida que estamos ante un delito sobre aspectos patrimoniales, si la sociedad confirma al directivo como tal, a pesar de los intereses incompatibles, habrá una asunción del riesgo por la propia víctima que excluye la relevancia típica de la conducta (artículo 20 inciso 10 del CP)<sup>34</sup>. El directivo cumplirá con su deber solamente comunicando

<sup>32</sup> Así ha sido mi parecer en GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, Lima, 2003, p. 557 y s., que ahora rectifico. En la regulación italiana sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto, SAMORI, «Conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali», en *Trattato di Diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dr.), Vol. II, Padova, 1990, p. 258.

<sup>33</sup> Vid., así, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 248.

<sup>34</sup> Vid., sobre la atipicidad en caso de consentimiento, TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, § 266, n.m. 49 y ss. No obstante, la validez del consentimiento se discute en el ámbito de las personas jurídicas (vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, p. 73 y ss.; FARALDO CABANA, «El consentimiento de la junta general de socios y

la situación de incompatibilidad. El injusto, por tanto, se estructura sobre un deber especial derivado de la confianza especial que recae sobre el directivo o administrador de la persona jurídica<sup>35</sup>. En este sentido, esta modalidad de administración fraudulenta estará configurada como un delito de infracción de un deber, en la medida que parte de un deber positivo de mantener las condiciones para el correcto desenvolvimiento en el cargo de directivo o administrador de la persona jurídica. El perjuicio patrimonial a la persona jurídica puede provenir finalmente de fuentes distintas a la actividad del directivo o administrador, pero debemos recordar que los delitos de infracción de un deber no se estructuran sobre la base del dominio del riesgo, sino sobre el deber especial de impedir una situación no deseada por la sociedad.

Un elemento normativo del tipo de especial trascendencia para la determinación de la tipicidad de la conducta es “la incompatibilidad de los intereses”. El juez penal tendrá que valorar los intereses propios del directivo o administrador<sup>36</sup> y determinar si, en efecto, resultan inconciliables con los intereses de la persona jurídica. La incompatibilidad debe entenderse como la imposibilidad de poder favorecer, al mismo tiempo, los intereses propios y los sociales. Esta labor de ponderación debe llevarse a cabo atendiendo las circunstancias concretas del caso, por lo que no bastará con determinar que, por lo general, los intereses en cuestión resultan incompatibles. Para explicarlo con un ejemplo: Si el gerente de la empresa A tiene acciones en la empresa competidora B y no lo comunica al directorio, se habrá configurado, sin duda, la infracción societaria de omisión de comunicar intereses propios incompatibles. Sin embargo, para que tenga lugar el delito de administración fraudulenta, debe demostrarse que, en el caso concreto, los intereses resultaban realmente incompatibles, de manera que si, por ejemplo, la empresa B apunta a un sector de los consumidores distinto al sector objetivo de la empresa A, la incompatibilidad no se dará en el caso concreto.

---

administración desleal de sociedades», *Ius et veritas*, 27, p. 276 y ss. Por nuestra parte, entendemos que si la voluntad se expresa por los órganos sociales correspondientes, se estará ante un consentimiento completamente válido. Los perjuicios que podrían causarse a las minorías societarias deberán paliarse con los mecanismos civiles o societarios pertinentes (impugnación de acuerdos, indominaciones, etc.).

<sup>35</sup> Sobre la confianza especial, vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 29, n.m. 67 y ss.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 183 y s.

<sup>36</sup> Los intereses propios no solamente son aquéllos que directamente se refieren al directivo o administrador, sino también los que le afecten indirectamente (persona jurídica de la que es socio, familiares, etc.). Vid., así, ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 307; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 399.

b. Falsas informaciones sociales (art. 198 inc. 2)

La segunda modalidad de administración fraudulenta de persona jurídica que analizaremos consiste en proporcionar datos falsos relativos a la situación de la persona jurídica. En tanto no se hace ninguna limitación temporal, puede concluirse que este supuesto abarca las informaciones que brinda la persona jurídica a lo largo de toda su existencia (nacimiento, vida y extinción). Una primera precisión es entender que no se castiga el suministro de datos falsos sobre cualquier aspecto de la situación de la persona jurídica, sino solamente sobre su situación económico-financiera<sup>37</sup>. En segundo lugar, debe quedar claro que no se trata de cualquier comunicación social que suministra datos falsos, sino que el tipo penal debe limitarse a las comunicaciones sociales dirigidas a los órganos de la propia persona jurídica o a personas vinculadas patrimonialmente a la persona jurídica<sup>38</sup>. En este sentido, las falsas informaciones sociales castigadas por el artículo 198 inciso 2 del Código penal se circunscriben a las realizadas por los directivos o administradores de la persona jurídica con el objeto de dar cuenta del manejo económico a los órganos de decisión de la persona jurídica o informar a los socios o terceras personas interesadas sobre la situación económica de la persona jurídica<sup>39</sup>. Fuera del alcance de este tipo penal quedarán, por tanto, las falsas informaciones sociales dirigidas a organismos supervisores o de control como, por ejemplo, la CONASEV o la Cámara de Comercio<sup>40</sup>. Para castigar estos supuestos existe ya un tipo penal específico: el artículo 242 del Código penal que acertadamente considera a esta conducta un delito contra el orden económico y no una administración fraudulenta.

<sup>37</sup> Vid., similarmente, MAZZACUVA, «Le false comunicazioni sociali», en *Tratato di diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dr.), Vol. II, Padova, 1994, p. 76 y s.; PÉREZ VALERO, *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Valencia, 2001, p. 311; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 386.

<sup>38</sup> Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, p. 55. En el Derecho penal italiano, CARACCIOLI, «Le nuove false comunicazioni sociali e la crisi dei beni giuridici indeterminati», *RTDPE* 45 (2002), p. 468 y s., critica que el delito de falsas informaciones sociales se configure únicamente por la infracción de la “transparencia societaria”, pues ampliaría el ámbito de prohibición del delito al solo hecho de dar informes sociales no ajustados a la verdad.

<sup>39</sup> Vid., sobre estas comunicaciones sociales ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 119.

<sup>40</sup> Así sucede, por ejemplo, con el delito de falsas comunicaciones sociales en el Derecho penal español, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 352; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, p. 55; SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (coord.), Madrid, 1997, p. 834.

Por falsedad debe entenderse no sólo dar un dato económico o financiero distinto al real, sino también omitir ciertos aspectos que permiten tener una percepción cabal de la realidad financiera de la persona jurídica<sup>41</sup>. En la doctrina penal italiana se ha discutido vivamente si las valoraciones (de bienes, por ejemplo) deben considerarse “datos” en el sentido del tipo penal de falsas informaciones sociales, de manera que una valoración que no se ajuste a los criterios de razonabilidad podría dar pie también a una responsabilidad penal por este delito. La relatividad de las valoraciones ha llevado a sostener que no es posible considerarlas datos objetivos, por lo que no podrán castigarse como falsas informaciones sociales si no siguen los criterios de razonabilidad<sup>42</sup>. Distinto será el caso obviamente cuando el hecho objetivo sobre el que se basa la valoración resulta siendo falseado o tomado de forma incompleta, pues aquí sí se estará suministrando indirectamente un dato falso sobre la situación de la persona jurídica.

Para poder precisar las particularidades típicas del delito de falsas informaciones sociales es necesario entrar en los criterios materiales de imputación de responsabilidad penal. Como ya lo hemos señalado, estos criterios son suministrados por la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber. El delito de falsas informaciones sociales, tal y como está regulado en nuestro Código penal, puede asumir ambas posibilidades de configuración del injusto penal, dependiendo ello de si existe o no una vinculación institucional con la persona a la que se dirige la información social. En la doctrina penal se ha diferenciado, en esta línea, dos tipos de información: por un lado, la información interna dirigida a los órganos de la persona jurídica y, por el otro, la información externa dirigida a acreedores o personas interesadas en contactar con la persona jurídica<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Así, en el delito societario español, SUÁREZ GONZÁLEZ, en *Compendio de Derecho penal*, PE, Bajo Fernández (dr.), p. 578. Sostienen que estas omisiones son, en realidad, falsedades activas, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, Valencia, 1999, p. 206; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 165.

<sup>42</sup> Vid., así, extensamente, ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 126. En la misma línea la doctrina francesa, GALVADA, «Los delitos referentes a las falsas declaraciones y a la inflación fraudulenta de aportes ante notario y publicación de hechos falsos, inflación fraudulenta de aportes en especie», en *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*, Hamel (dr.), (trad. García Deireaux), Buenos Aires, 1964, p. 66 y s. En nuestro país GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 184, consideraba delictivo la valoración (avalúo) inexacto cuando era hecho con malicia.

<sup>43</sup> Vid. sobre esto más detalladamente, MANTOVANI, «Sull Diritto penale della informazione societaria e dell'impresa», *L'indice penale*, 1987, p. 12 y ss. Vid., en el Perú, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 180.

En el caso de las informaciones dirigidas a la propia persona jurídica (junta de socios o accionistas, directorio, consejo de vigilancia, etc.), el delito se configura a partir de la infracción del deber veracidad. Para infringir este deber de veracidad es necesario que la comunicación cumpla con cierta oficialidad, de manera tal que no podrá configurarse este supuesto con cualquier tipo de comunicación<sup>44</sup>. Por otra parte, no se requiere que la información alcance ciertos niveles de credibilidad para que se configure la falsedad, puesto que la persona jurídica se encuentra autorizada para confiar plenamente en las informaciones suministradas por sus administradores. Los órganos de decisión de la persona jurídica no tienen el deber de cotejar o comprobar las informaciones oficiales suministradas por sus directivos y administradores.

Distinto es el caso cuando la información suministrada es externa –esto es, está dirigida a socios, acreedores o terceros interesados–, pues ya no se trata de un delito de infracción de un deber, sino, más bien, de un delito de dominio. El injusto penal se sustenta, en este caso, en el hecho de haber llevado a error a los terceros y haberles causado, por este error, un perjuicio patrimonial<sup>45</sup>. En este contexto normativo, la comunicación social sí tiene que poseer ciertos visos de credibilidad para poder configurar el delito de administración fraudulenta<sup>46</sup>, pues, la víctima mantiene ciertas incumbencias de autoprotección que la pueden hacer competente por el resultado producido. Por el contrario, las comunicaciones sociales no requieren de ninguna forma especial, pudiendo ser incluso orales<sup>47</sup>, aunque en este último caso los problemas se presentarán en el plano probatorio. La única exigencia es que la falsedad de la comunicación tenga una apariencia suficiente de veracidad para generar error en los terceros vinculados a la persona jurídica.

---

<sup>44</sup> Así, destaca PÉREZ VALERO, *El delito societario*, p. 320 que si el delito se entiende como una infracción de un deber de veracidad, la información no podrá ser cualquiera, sino que deberá ser oficial y por escrito. En el mismo sentido, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 180 y s.

<sup>45</sup> En este ámbito resultan correctas las consideraciones de DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, 1998, p. 98, que emparenta el delito de falsas informaciones sociales con el delito de estafa. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 132 y s.

<sup>46</sup> Vid., así, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 155.

<sup>47</sup> Vid., PÉREZ VALERO, *El delito societario*, p. 322. De otro parecer, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 180.

Hay que recordar que el suministro de datos falsos, tanto en su forma de delito de dominio como de delito de infracción de un deber, no basta para configurar plenamente el tipo penal, siendo necesario que se haya generado, cuando menos, un peligro de daño patrimonial a la persona jurídica o a los terceros vinculados. Este requerimiento se explica por el carácter de delito de peligro concreto que posee la administración fraudulenta en el Derecho penal peruano, tal como ya tuvimos oportunidad de aclarar de manera general<sup>48</sup>. Si el peligro concreto debe ser consecuencia del riesgo creado por el autor de las falsedades o si puede provenir de otras fuentes, dependerá de si se trata de un delito de dominio o de infracción de un deber.

c. El fraude contable (art. 198 inc. 1)

El delito de fraude contable en la administración de las personas jurídicas se configura con la ocultación de la verdadera situación de la persona jurídica a los socios, asociados o terceros interesados mediante el falseamiento de los instrumentos contables. La redacción del tipo penal apunta, en principio, al fraude contable cometido a través de los balances (sea el balance ordinario o los balances parciales<sup>49</sup>, sea individual o consolidado<sup>50</sup>), pero al referirse también a las partidas contables, en general, el ámbito de aplicación del tipo penal podría extenderse perfectamente a otros estados financieros, como el estado de ganancias y pérdidas<sup>51</sup>. En este sentido, el delito de fraude contable no se configura únicamente con el falseamiento de los balances, sino también con la modificación, en general, de las partidas contables, sean del balance o no.

<sup>48</sup> En España, por el contrario, este tipo penal está configurado como delito de peligro abstracto, en el que basta sólo la idoneidad para causar un perjuicio patrimonial. Vid., sobre esto, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 60 y s.; DEL ROSAL BLASCO, en *I Congreso Hispano-Italiano*, Martínez-Buján Pérez (dr.), p. 103 y s.

<sup>49</sup> Vid., sobre las clases de balance, MORRIS GUERINONI, «Estados financieros y aplicación de utilidades», en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), I, Lima, 2003, p. 281 y s.

<sup>50</sup> El balance consolidado es un estado financiero que presenta matriz en el caso de grupos económicos en los que se representa la situación patrimonial, financiera y económica del grupo. Vid., sobre esto, MARUOTTI, «Il falso in bilancio consolidato ed il “passo del gambero”», *RTDPE* 50 (2004), p. 397, quien, en atención a la regulación italiana, sostenía que no era necesario que el tipo penal contemplara expresamente este tipo de balance para incluirse en el delito de falsas comunicaciones sociales.

<sup>51</sup> Consideran que el objeto del delito no es sólo el balance, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 382 y s.; PAREDES INFANZÓN, *Delitos*, p. 254. Por el contrario, se limitan al balance SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 305; REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1011; HERRERA VELARDE, «Los delitos contables en el Perú y las falencias de su actual regulación», *Actualidad Jurídica* 117 (2003), p. 35.

La conducta típica está constituida por la ocultación de la verdadera situación financiera de la persona jurídica a los propietarios (sean accionistas, socios o asociados) o terceros interesados (por ejemplo, terceros a los que se les está ofertando acciones de una sociedad anónima y a los que hay que poner a disposición un programa que contenga los estados financieros de los dos últimos años conforme lo establece el artículo 212 de la LGS). En la medida que la conducta típica del fraude contable está dirigida a terceros vinculados a la persona jurídica, estaremos ante un delito de dominio que se estructura sobre el abuso de las facultades de administración que tienen los directivos y administradores de la persona jurídica. Mediante el falseamiento de los estados financieros, los directivos o administradores de la persona jurídica ocultan su verdadera situación económica a terceras personas vinculadas a la persona jurídica.

La forma en la que opera la ocultación de la situación de la persona jurídica está expresamente regulada por el tipo penal: “falseando balances, u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas, o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables”<sup>52</sup>. Falsear balances significa incluir en ellos datos inexistentes o fraguar los existentes. Se incluye dentro de la prohibición cualquier alteración del balance o partidas contables que produzca una falsa representación de la situación financiera de la persona jurídica. Pero el tipo penal no sólo sanciona las conductas activas que alteren la fidelidad del balance, sino también aquellas omisiones que generan igualmente una falsa representación de la situación financiera de la persona jurídica<sup>53</sup>. Se puede omitir consignar beneficios con el fin de perjudicar a los socios o pérdidas con el fin de engañar a futuros acreedores<sup>54</sup>. Finalmente, este inciso utiliza una descripción abierta que permite al juez valorar cualquier conducta que afecte el fiel reflejo de los estados financieros respecto de la situación real de la

<sup>52</sup> Por esta razón, no se incluye sólo el estado financiero balance, sino aquellos que exige la contabilidad comercial: estado de ganancias y pérdidas, por ejemplo. Vid., en este sentido, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 382 y s.

<sup>53</sup> Vid., en igual sentido para el Derecho penal español que no señala expresamente la modalidad omisiva, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios*, p. 58; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 396 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 105; SUÁREZ GONZÁLEZ, en Rodríguez Mourullo (drg.), *Comentarios*, p. 835; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Valladolid, 1995, p. 85; DEL ROSAL BLASCO, *I Congreso Hispano-italiano*, Martínez-Buján Pérez (dr.), p. 105 y s.

<sup>54</sup> Vid., SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 306. En el Derecho penal francés, igualmente, SOYER, «Los delitos relativos al balance», en *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*, Hamel (dr.), (trad. García Deireaux), Buenos Aires, 1964, p. 290.

persona jurídica al considerar “cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables”.

Un aspecto de la conducta típica que debe destacarse especialmente es la posibilidad de afirmar la existencia de un fraude contable cuando se utilizan conscientemente criterios de medición o valuación de los datos económicos para reflejar una situación optimista de la persona jurídica. Por ejemplo: recurrir al valor histórico de un bien, cuando el valor actual es distinto<sup>55</sup>. En este contexto, no se puede hablar, en sentido estricto, de una falsedad, pues ambas formas de valoración son ciertas. Pero hay que recordar que, a diferencia de la modalidad de falsa informaciones societarias, el fraude contable no se configura a partir del suministro de información falsa, sino del ocultamiento de la situación (económico-financiera) de la persona jurídica. En este sentido, el criterio rector para la determinación de la conducta típica será la “imagen fiel” que deben mostrar los estados financieros<sup>56</sup>, de manera que si los criterios de medición de los datos económicos distorsionan la imagen fiel de la situación de la persona jurídica, el delito de fraude contable se habrá realizado. En el caso del balance, la imagen fiel apunta a determinar el rendimiento económico de la sociedad durante un periodo de tiempo<sup>57</sup>, por lo que se afectará esta imagen fiel si los criterios de medición utilizados discrecionalmente por el autor ocultan esta situación.

No debemos olvidar que la configuración típica del delito no se agota con la realización de la conducta típica. Para imponer una sanción penal por fraude contable, no basta con ocultar la verdadera situación a los socios o a terceros interesados mediante el falseamiento de los estados financieros<sup>58</sup>, sino que la información contable debe haber constituido un elemento de juicio relevante para una decisión patrimonial de los socios o terceros. Por consiguiente, el delito de administración fraudulenta, en su modalidad de fraude contable, se habrá

<sup>55</sup> Vid., SOYER, en *Derecho penal especial*, Hamel (dr.), p. 303. Los criterios de medición para las valuaciones están establecidos en el artículo 7 del Reglamento de Información Financiera aprobado por la Resol. CONASEV N° 103-99-EF de 24/11/1999.

<sup>56</sup> Sobre la idea de “imagen fiel” de la contabilidad para el delito de falsas informaciones sociales, vid., FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 352; DEL ROSAL BLASCO, *Comentarios*, Vives Antón (coord.), p. 1413; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socio-económicos*, Zaragoza, 1996, p. 246 y ss.; PÉREZ VALERO, *El delito societario*, p. 396 y ss.

<sup>57</sup> Vid., PÉREZ VALERO, *El delito societario*, p. 401.

<sup>58</sup> De otra opinión, PAREDES INFANZÓN, *Delitos*, p. 259; SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 317.

configurado completamente siempre que el ocultamiento de la verdadera situación de la persona jurídica haya generado una decisión perjudicial para los mencionados sujetos.

Desde el punto de vista político-criminal, la gravedad del fraude contable parece ser incuestionable, por lo que su criminalización no ofrecerá mayores dudas de legitimidad<sup>59</sup>. Los cuestionamientos a la actividad del legislador se presentarían, más bien, en la técnica legislativa que ha empleado para configurar esta modalidad de administración fraudulenta. Una apreciación general de las diversas modalidades de administración fraudulenta previstas, podría llevar a la conclusión de que la tipificación específica del fraude contable resultaría innecesaria, en la medida que el fraude cometido a través de los estados financieros implica necesariamente proporcionar datos falsos sobre la situación financiera de la persona jurídica, lo que configuraría, desde un principio, la regulación más general de las falsas informaciones sociales<sup>60</sup>. Sin embargo, las precisiones que hemos hecho sobre los criterios de medición en los balances han puesto de manifiesto que no es un elemento constitutivo del fraude contable el suministro de “datos falsos”, por lo que su incriminación expresa resulta la opción de técnica legislativa más aconsejable.

#### d. El reparto de utilidades inexistentes (art. 198 inc. 5)

Antes que nada, hay que precisar que el reparto de utilidades inexistentes no es propiamente la conducta típica, sino fraguar los balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. En este sentido, la acción típica estará constituida solamente por fraguar los balances. A partir de esta precisión, podría concluirse que la regulación expresa de este supuesto de administración fraudulenta de persona jurídica resultaría innecesaria, ya que se está castigando un supuesto específico de fraude contable<sup>61</sup>. Esta conclusión, sin embargo, resulta un tanto apresurada, pues el fraude contable, como ya lo hemos visto, se configura por el hecho de ocultar la verdadera situación de la persona jurídica, lo que no necesariamente tiene que presentarse en el reparto de utilidades inexistentes. Los socios, por ejemplo, pueden estar

<sup>59</sup> Vid., en este sentido, TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, (trad. Teresa Martín), Barcelona, 1993, p. 50.

<sup>60</sup> En los derechos italiano y español ambas figuras están tipificadas en un mismo tipo penal –vid. ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 117; GONZÁLEZ VIZCAYA, *AP*, 10 (1996), p. 235.

<sup>61</sup> Así, HERRERA VELARDE, *Actualidad Jurídica* 117 (2003), p. 36.

completamente al tanto de la situación real de la persona jurídica, aunque los balances no reflejen fielmente esta situación. La prohibición penal apunta, más bien, a impedir el reparto indebido entre los socios del capital social, perjudicando a la persona jurídica con la reducción ilegal de su patrimonio. Se trata, por tanto, de un delito de infracción de un deber que castiga a los directivos o administradores de la persona jurídica que abusando de sus facultades de administración proceden a reflejar utilidades inexistentes para su posterior reparto indebido en detrimento de la integridad del capital social de la persona jurídica<sup>62</sup>.

Como todas las modalidades específicas de la administración fraudulenta, la modalidad de reparto de utilidades inexistentes entre los socios no se configura plenamente sólo con la realización de la conducta típica. Es necesario que la falsedad de los balances produzca un resultado de peligro patrimonial sobre la persona jurídica. Si bien no es necesario que las utilidades efectivamente se distribuyan<sup>63</sup>, el fraude en los balances debe haber generado un peligro de perjuicio patrimonial, que en el caso específico se configura por el peligro de distribución de utilidades inexistentes a los socios. En este sentido, es necesario que se haya aprobado por el órgano social correspondiente los balances fraguados. Por el contrario, no cabrá un delito de administración fraudulenta en su modalidad de reparto de utilidades inexistentes, si el reparto no ha podido materializarse por la obligación de aplicar estas utilidades a otros conceptos, como, por ejemplo, la obligación de compensar las pérdidas acumuladas. El efectivo reparto de las utilidades inexistentes dará lugar, en la medida que sea una distribución definitiva, a un delito de apropiación indebida<sup>64</sup>.

#### e. El agiotaje societario (art. 198 inc. 3)

<sup>62</sup> En el Derecho penal italiano, este delito tiene un ámbito de aplicación mayor, pues se configura no sólo con la distribución a los socios de utilidades inexistentes, sino también de utilidades existentes, pero que no pueden ser distribuidas. Vid., así, ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 218 y s.; COLIVA, «Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci le altre omissioni e inosservanze del collegio sindacale», en *Tratatto di diritto penale dell'impresa*, Di Amato (dr.), Vol. II, Padova, 1994, p. 190 y ss.

<sup>63</sup> Vid., igualmente, SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 310. En sentido contrario, PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 397; PAREDES INFANZÓN, *Delitos*, p. 260; VILLA STEIN, *Derecho penal*, PE, II-A, p. 167, que afirman que el delito se consuma en el momento de la distribución de las utilidades o dividendos.

<sup>64</sup> Vid., en este sentido, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 213; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, p. 53.

El inciso 3 del artículo 198 del Código penal establece como otra modalidad de administración fraudulenta de persona jurídica el llamado agiotaje societario, consistente en promover por cualquier medio fraudulento falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. Por promover debe entenderse crear las condiciones necesarias para que se produzca la falsa cotización de las acciones, títulos y participaciones. El tipo penal establece que esta labor de promoción puede tener lugar por cualquier medio fraudulento. Sobre este punto se ha levantado en la doctrina italiana una fuerte discusión: ¿qué se entiende por medio fraudulento? En disputa se encuentran dos interpretaciones. Por un lado, se presenta una interpretación que atiende a la finalidad del autor y que considera medio fraudulento cualquier acto, comportamiento o instrumento idóneo para llevar a cabo un engaño o para crear una falsa representación de la realidad. Por el otro, se encuentra una interpretación centrada en el medio, la cual requiere que el medio empleado resulte en sí mismo ilegal (falsificación de documentos, coacciones, etc.)<sup>65</sup>. Si bien la segunda interpretación resultaría más acorde con el principio de mínima intervención del Derecho penal, parece ser que el sentido expresado por el tipo penal apunta a abarcar todos los medios capaces de defraudar a terceras personas<sup>66</sup>. En este sentido, consideramos que el elemento del tipo “cualquier medio fraudulento” debe ser interpretado conforme al punto de vista que atiende a la finalidad del autor.

En la doctrina mercantil se maneja diversos valores de las acciones, participaciones y títulos. Se habla de un valor nominal, real y cotizabile<sup>67</sup>. En la medida que el tipo penal habla de “falsas cotizaciones”, parecería ser que la prohibición penal alcanzaría solamente los casos en los que se falsea el valor cotizabile. Sin embargo, la autonomía interpretativa de los tipos penales faculta al juez a no tener que asumir una misma significación entre el elemento del tipo penal “cotización” y el denominado valor cotizabile del Derecho comercial. La interpretación de los tipos penales debe estar orientada a proteger de la mejor manera el bien

---

<sup>65</sup> Vid., sobre la discusión, SAMORI, en *Trattato*, Di Amato (dr.), Vol. II, p. 280 y ss.; FONDAROLI, «Aggiotaggio mediante “altri artifici”: “disvalore del fatto” e “disvalore del contesto”», *RTDPE* 48 (2003), p. 747 y ss. A favor de la primera interpretación se han pronunciado en nuestro país, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 239; MONTOYA MANFREDI, *La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, 2ª ed., Lima, 1977, p. 191.

<sup>66</sup>

<sup>67</sup> Vid., SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, 16ª ed., Madrid, 1992, p. 211 y s.; URÍA, *Derecho mercantil*, 24ª ed., Madrid, 1997, p. 257 y s.

jurídico, en la medida, claro está, que no se sobrepase el tenor de la ley. Por esta razón, conviene que precisemos si la modalidad de falsas cotizaciones abarca los tres valores antes mencionados.

El valor nominal es el contenido en la propia acción u obligación de la sociedad que se encuentran materializadas, de manera que su valor se mantendrá fijo con independencia del éxito o fracaso de la empresa. Si se altera el valor nominal de las acciones u obligaciones con la finalidad de darle a este valor un valor mayor, se habrá cometido un delito de falsificación de documento<sup>68</sup>, pero no propiamente un delito de falsa cotización de acciones, títulos o participaciones. Puede concluirse, por tanto, que el delito de falsas cotizaciones previsto en el artículo 198 inciso 3 del Código penal solamente podrá presentarse respecto de su valor real o cotizable de las acciones, participaciones o títulos.

El valor real de una acción o participación se obtiene de la división del patrimonio neto entre el número de acciones o participaciones. Este valor podrá aumentarse fraudulentamente si, por ejemplo, se incluyen activos inexistentes o sobrevalorados<sup>69</sup>. Así, se podrá promover una falsa cotización de las acciones cuando se sobrevalore un bien que integra el patrimonio de la sociedad en el marco del artículo 76 de la LGS que regula los aportes no dinerarios. El que esta conducta debe ser abarcada por el tipo penal de administración fraudulenta parece no ofrecer la menor duda, pues constituye un abuso de las facultades de administración sobre la sociedad para perjudicar a personas interesadas en adquirir acciones, participaciones o títulos.

En el valor cotizable de las acciones o títulos, entran a tallar un conjunto de factores que dependen del mercado y escapan, por tanto, al control de los operadores jurídicos. Se trata de las cotizaciones de acciones o títulos realizadas en la bolsa de valores, en donde existe una supervisión rigurosa que contempla todo un conjunto de mecanismos de control administrativos<sup>70</sup>. El falseamiento del valor cotizable apunta a hacer creer por medio de

<sup>68</sup> Así, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 241.

<sup>69</sup> Vid., así, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 239.

<sup>70</sup> Vid., al respecto, ALIAGA FARFÁN/TORRE TEJADA, «Protegiendo la integridad del mercado de valores peruano: prohibición de prácticas de manipulación de precios», *Ius et veritas* 28, p. 39 y ss.

diversos subterfugios que el negocio de la persona jurídica marcha perfectamente con expectativas futuras de mayores beneficios, cuando en realidad no es así<sup>71</sup>. De esta manera, se consigue un aumento ficticio del valor cotizable de las acciones, participaciones o títulos, afectando la transparencia del mercado de valores. Una forma de llevar a cabo esta falsa cotización sería, por ejemplo, simular la existencia de numerosos contratos de servicios o suministros con una sociedad pantalla que refleje una estabilidad del negocio y un aumento considerable de las ganancias a futuro.

La modalidad del delito de administración fraudulenta de persona jurídica constituido por la falsa cotización de acciones, participaciones o títulos está configurada como un delito de dominio. Se castiga a los directivos o administradores de una persona jurídica por promover mediante actos de simulación falsos valores a las acciones, participaciones o títulos de la persona jurídica, lo que significa un abuso de las facultades de administración para perjudicar a terceras personas. No hay que olvidar que no basta con que se promuevan estas falsas cotizaciones para que se configure el tipo penal, sino que resulta necesario que se genere un peligro de perjuicio patrimonial<sup>72</sup>, lo cual tendrá lugar cuando se oferten las acciones, participaciones o títulos.

f. La autocartera encubierta (art. 198 inc. 4)

El artículo 198 inciso 4 del Código penal castiga la aceptación de acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. El tipo penal recoge un supuesto de autocartera indirecta que se encuentra prohibido en el artículo 106 de la LGS. En el Derecho de sociedades se discute sobre la legalidad o ilegalidad de la autocartera o adquisición de las acciones por la propia sociedad. En esta discusión se suele diferenciar la autocartera originaria, la autocartera derivada y la autocartera indirecta. En el caso de la autocartera originaria, la sociedad suscribe y paga acciones de nueva emisión de la propia sociedad. Nuestra Ley general de sociedades no regula expresamente este supuesto de autocartera, a

<sup>71</sup> Vid., FONDAROLI, *RTDPE* 48 (2003), p. 754.

<sup>72</sup> No requería el perjuicio patrimonial, GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 240.

diferencia de la legislación española<sup>73</sup>. Si bien los artículos 98 y 99 de la LGS permiten la creación de acciones en cartera, estas acciones no generan efectos jurídicos sobre el capital, ni derechos de los accionistas sino hasta que sean efectivamente suscritas y pagadas<sup>74</sup>. En este sentido, la regulación de las acciones en cartera no implica un reconocimiento de la legalidad de la autocartera originaria<sup>75</sup>. Por el contrario, la ficción que tendría lugar con la creación de una sociedad que sea propietaria de sí misma, ha llevado a sostener la conveniencia de prohibir de manera absoluta la autocartera originaria<sup>76</sup>.

La autocartera derivada, por el contrario, sí se encuentra regulada en el artículo 104 de la LGS que permite la adquisición de acciones ya emitidas por la propia sociedad. Según la norma societaria antes mencionada, el rescate de las acciones sólo está autorizado en supuestos específicos y siempre que se cumpla con determinados requisitos legalmente establecidos<sup>77</sup>. Los supuestos previstos son cuatro: la adquisición con cargo al capital social, la adquisición con cargo a las utilidades o reservas de libre disposición, la adquisición con cargo a títulos de participación en los beneficios de la empresa y la adquisición gratuita de acciones. Sobre las particularidades de cada uno de estos supuestos no vamos a entrar<sup>78</sup>. Sólo nos interesa destacar la legalidad de estos supuestos de autocartera derivada, en la medida que se observen ciertas condiciones que aseguren que esta medida excepcional se haga para cautelar los intereses patrimoniales de la sociedad y no afecten los intereses de los socios y terceros acreedores.

Frente a los casos en los que la sociedad adquiere directamente sus propias acciones (autocartera directa), están los casos de autocartera indirecta. Un supuesto de autocartera indirecta está contemplado expresamente en nuestra legislación societaria en el artículo 105

<sup>73</sup> Vid., GARCÍA-CRUCES GONZALES, «La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (la regulación de la autocartera en el Derecho español)», *Themis* 39, p. 329 y s.

<sup>74</sup> Vid., ABRAMOVICH ACKERMAN, «Algunas consideraciones acerca de la disposición de autocartera en la Ley General de Sociedades», *Ius et veritas* 23, p. 88.

<sup>75</sup> Vid., así, CHABANEIX, «La adquisición de acciones por la propia sociedad», en *Tratado de Derecho mercantil*, Hundskopf Exebio (coord.), I, Lima, 2003, p. 487 y ss.

<sup>76</sup> Vid., en este sentido, CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 489.

<sup>77</sup> Vid., ABRAMOVICH ACKERMAN, *Ius et veritas* 23, p. 86. Por ello, el principio de prohibición de compra por la sociedad de sus propias acciones, al que hace alusión REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1015, no es absoluto (vid., así, GARCÍA-CRUCES GONZALES, *Themis* 39, p. 322).

<sup>78</sup> Sobre estos supuestos, vid., con mayor detalle, CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 491 y ss.

de la LGS, el cual se produce cuando una sociedad subsidiaria adquiere acciones de su matriz. Esta adquisición indirecta de acciones por la propia sociedad no se encuentra prohibida, pero debe evitarse los peligros que podría producir en la distribución de poderes sobre el manejo de la sociedad. En efecto, los accionistas que no tienen mayoría para controlar una sociedad podrían utilizar esta vía para alcanzar el control por la vía del derecho de voto de las acciones adquiridas por la subsidiaria<sup>79</sup>. En este sentido, el artículo 105 de la LGS ha previsto la suspensión de los derechos de asistencia y voto en juntas a los accionistas de autocartera indirecta. En cuanto a los derechos patrimoniales de las acciones, el silencio de la norma debe entenderse en el sentido de que se mantienen completamente vigentes, de manera que la sociedad controlada pueda percibir los beneficios económicos provenientes de la titularidad de las acciones sobre su matriz<sup>80</sup>.

En la misma línea de evitar los peligros que conllevan formas indirectas de autocartera, la Ley general de sociedades ha prohibido en su artículo 106 que la sociedad pueda otorgar préstamos o prestar garantías, con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas bajo responsabilidad del directorio. Como puede verse, la norma reconoce dos supuestos distintos: a) la prohibición de otorgar préstamos o garantías para la adquisición de sus propias acciones; y b) la prohibición de otorgar préstamos cuyo cumplimiento esté respaldado con acciones de propia emisión. La regulación penal ha elevado a la categoría de delito de administración fraudulenta el segundo de estos supuestos, por lo que, en lo que sigue, nos limitaremos a analizar las particularidades de este segundo supuesto.

El artículo 106 de la LGS señala que en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos con la garantía de sus propias acciones. La razón de esta prohibición societaria es impedir que se afecte la integridad del capital, si es que no se cumple posteriormente con la devolución del préstamo, ya que la sociedad tendría una garantía sin valor independiente de sí misma que no aseguraría la recuperación del crédito<sup>81</sup>. Estas objeciones resultan, sin embargo, relativas, en la medida que las acciones siguen siendo valores negociables con contenido patrimonial que

<sup>79</sup> Vid., así, CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 520; ABRAMOVICH ACKERMAN, *Ius et veritas* 23, p. 86 y s.

<sup>80</sup> En el mismo sentido, CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 520 y s.

<sup>81</sup> Vid., GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 242.

la sociedad podría perfectamente ejecutar para hacerse pago con el producto de esa ejecución. En esta línea, la doctrina societaria reconoce que la prohibición de no otorgar préstamos con las acciones propias como garantía de crédito no debe entenderse en términos absolutos, sino relativos, de manera que tal operación debería ser legal mientras se cumpla con los requisitos y límites de la autocartera<sup>82</sup>. Si la autocartera derivada no está prohibida de manera absoluta, no podría hacerse lo contrario con una forma indirecta<sup>83</sup>.

En atención a lo expuesto, podemos concluir que la sola aceptación de acciones o títulos de la propia persona jurídica como garantía de crédito no podrá configurar una responsabilidad penal por el delito de administración fraudulenta del artículo 198 inciso 4 del Código penal. Es necesario que esta operación ocasione un perjuicio patrimonial a terceras personas, lo cual se encontraría respaldado, por otra parte, por la exigencia típica de que se actúe en perjuicio de terceros vinculados a la persona jurídica. En este sentido, consideramos que la prohibición penal apunta solamente a los casos en los que determinados socios, en connivencia con los administradores de la sociedad, se alzan con los bienes sociales de manera encubierta<sup>84</sup>, lo cual, por otra parte, tendría sentido vista la falta de castigo de este supuesto en los delitos contra la confianza y la buena fe de los negocios<sup>85</sup>. Así, por ejemplo, cabrá castigar los casos en los que se sobrevalora el valor de las acciones o títulos como respaldo de un préstamo otorgado por la sociedad, dejando a la sociedad en imposibilidad de poder recuperar ese capital posteriormente con la venta de sus acciones o títulos. Los casos, también merecedores de pena, en los que la autocartera encubierta busca mantener artificialmente la cotización en bolsa de las acciones<sup>86</sup>, se castigarán con base en la modalidad específica del agiotaje societario.

g. Asunción indebida de préstamos para la persona jurídica (art. 198 inc. 7)

<sup>82</sup> Vid., CHABANEIX, en *Tratado*, Hundskopf Exebio (coord.), p. 523.

<sup>83</sup> Vid., así, en España, PAZ-ARES/VELASCO CABALLERO, *Infracciones administrativas y autocartera en la sociedad anónima*, Madrid, 1997, p. 20.

<sup>84</sup> Se trata de los casos en los que se afecta la constitución financiera de la sociedad. Sobre esto, GARCÍA-CRUCES GONZALES, *Themis* 39, p. 324 y s.

<sup>85</sup> Vid., sobre el delito de alzamiento de bienes en el sistema penal español, MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, passim.

<sup>86</sup> Vid., este supuesto en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario*, p. 29.

Otra conducta tipificada como modalidad de administración fraudulenta es asumir préstamos para las personas jurídicas. Lo primero que llama la atención de la descripción típica de esta conducta es la vaguedad del lenguaje utilizado por el tipo penal<sup>87</sup>. En la medida que no se precisa suficientemente los elementos constitutivos de esta figura delictiva, podrá reprochársele al legislador penal no haber observado el llamado mandato de certeza o determinación. Ante esta situación, los estudios doctrinales entran en un dilema: o se deja sin precisar el contenido de esta modalidad de administración fraudulenta, perdiendo así el dispositivo penal vigencia efectiva; o se emprende la labor de determinación del contenido de esta modalidad de administración fraudulenta con el peligro latente de la inconstitucionalidad de su aplicación. En nuestra opinión, la actitud que debe tomarse no puede ser la renuncia a desarrollar el contenido de esta figura delictiva, aunque debe advertirse la necesidad de que una reforma legal aclare el contenido del tipo penal para eliminar de raíz posibles cuestionamientos al amplio margen de determinación de los elementos constitutivos de esta conducta delictiva.

La doctrina nacional ha considerado como actos de administración fraudulenta englobados en el artículo 198 inciso 7 del Código penal, la celebración de contratos en nombre de la sociedad con precios superiores a los autorizados por el directorio, así como el endeudamiento de la sociedad por encima de lo permitido o contraviniendo la vía establecida para ello<sup>88</sup>. No cabe duda que los actos de endeudamiento por parte del administrador son actos de administración normales en la vida societaria, ya que un administrador sin la capacidad de endeudarse simplemente no podría desenvolverse como tal. Sin embargo, esto no implica una amplia potestad para obligar patrimonialmente a la persona jurídica frente a terceros, sino que debe observarse ciertos límites y requisitos con la finalidad de evitar un perjuicio para la persona jurídica administrada<sup>89</sup>. Si el directivo o administrador no respeta estos límites o requisitos habrá defraudado la confianza de la persona jurídica, al verse obligada más allá de lo que estaba dispuesta según sus estatutos u órganos de decisión. Esta modalidad de administración fraudulenta en la persona jurídica estará configurada como un

<sup>87</sup> Igualmente VILLA STEIN, *Derecho penal*, PE, II-A, p. 168.

<sup>88</sup> Vid., PEÑA CABRERA, *Tratado*, PE, II-A, p. 400.

<sup>89</sup> Vid., así, sobre la relevancia de los límites internamente establecidos, CASTRO MORENO, *El delito societario*, p. 286 y s.

delito de infracción de un deber, en la medida que se basa en la infracción de la confianza especial que la persona jurídica deposita en el administrador de su patrimonio.

Un aspecto típico que resulta necesario destacar es que la modalidad de asunción indebida de préstamos para la persona jurídica no se configura sólo con que el directivo o administrador celebre préstamos en infracción de los límites y requisitos impuestos por la persona jurídica. Para que la conducta tenga relevancia penal es necesario que con ella se afecte el patrimonio de la persona jurídica. En este sentido, la asunción del préstamo para la persona jurídica, además de ir contra las reglas internas de la sociedad, debe originar un perjuicio para ésta, sea en la forma de lesión efectiva o de peligro concreto de lesión<sup>90</sup>. Hay que recordar que, en la medida que se trata de un delito de infracción de un deber, la realización del tipo penal no requerirá del dominio del hecho por parte del directivo o administrador, sino la posibilidad de evitar la realización de la conducta típica y el consiguiente perjuicio sobre la persona jurídica. Si el resultado típico de perjuicio no tiene lugar, la conducta del directivo o administrador constituirá una infracción societaria que podrá solventarse por la vía de la remoción del cargo.

h. Uso en provecho propio, o de otro, del patrimonio de la persona jurídica (art. 198 inc. 8)

Otro supuesto de administración fraudulenta es el uso en provecho propio o de tercero del patrimonio de la persona jurídica. La justificación político-criminal para la incriminación específica de esta conducta residiría en la insuficiencia de los tipos penales de hurto de uso o apropiación ilícita para castigar esta conducta. En efecto, en el uso indebido del patrimonio ajeno administrado no existe una sustracción que configure el hurto y tampoco una apropiación que permita sancionar la conducta por apropiación ilícita. La configuración del tipo penal de esta modalidad de administración fraudulenta no requiere una apropiación del patrimonio de la persona jurídica<sup>91</sup>, bastando simplemente con que se use, en provecho propio o de un tercero, este patrimonio con fines distintos a los previstos en los fines

<sup>90</sup> En el mismo sentido, SALINAS SICCHA, *Curso*, III, p. 312.

<sup>91</sup> Vid., así, BACIGALUPO ZAPATER, *LH-Tiedemann*, p. 389.

sociales<sup>92</sup>. Esta delimitación de los tipos penales, sin embargo, no se encuentra libre de supuestos problemáticos. El concepto de patrimonio puede interpretarse en un sentido amplio, de manera que se incluirían no sólo las cosas, sino también el dinero de la persona jurídica<sup>93</sup>. La cuestión que se presenta es si el uso indebido del dinero de la persona jurídica implica siempre su apropiación, de manera tal que resulta prácticamente imposible trazar en estos casos un límite entre el delito de administración fraudulenta y el delito de apropiación indebida. En nuestra opinión, sí caben supuestos de uso de dinero que no implican una apropiación<sup>94</sup> y que constituyen el ámbito de prohibición del artículo 198 inciso 7 del Código penal. Por ejemplo: el administrador de una agencia bancaria que utiliza el dinero en bóveda para ganar con la compra y venta de dólares en un día, o el administrador de una cooperativa que presta dinero de la cooperativa a cambio de un beneficio económico indebido<sup>95</sup>, habrán cometido el delito sin apropiarse del dinero de la persona jurídica. En sentido estricto, no hay una apropiación del dinero, pues el dinero se tiene en todo momento como del banco o de la cooperativa<sup>96</sup>. De lo que no cabe la menor duda es que existe un uso indebido del dinero en provecho propio. Por el contrario, si el administrador del banco utiliza el dinero para pagar deudas personales de juego o el administrador de la cooperativa dispone del dinero para favorecer a un amigo, tendrá lugar una apropiación del dinero que configurará un delito de apropiación indebida.

En cuanto a la estructura típica del uso indebido del patrimonio de la persona jurídica, hay que indicar que estamos ante un delito de infracción de un deber. Al directivo o administrador se le ha entregado una facultad de uso y disposición sobre los bienes de la persona jurídica bajo la confianza especial de su uso para la consecución de los fines sociales y no para los personales. En este sentido, la configuración del delito no requiere que el

---

<sup>92</sup> Vid., en este sentido, el concepto de empleo abusivo de los bienes sociales en el Derecho penal francés, VERDIER, «Abuso del mandato social: abuso de los bienes y los créditos de la sociedad. Abuso de poderes», en *Derecho penal especial de las sociedades anónimas*, Hamel (dr.), (trad. García Deireaux), Buenos Aires, 1964, p. 249.

<sup>93</sup> Vid., así, REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1016. Más discutible es la inclusión en el patrimonio del crédito social [vid., así, VERDIER, en *Derecho penal especial*, Hamel (dr.), p. 270 y s.; GARCÍA RADA, *Sociedad anónima y delito*, p. 242].

<sup>94</sup> En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Administración societaria fraudulenta y Derecho penal (comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, “caso banesto”», *RDPC* 9 (2002), p. 264.

<sup>95</sup> Vid. así la sentencia del Exp. 1004-98 Lima (en *Jurisprudencia penal*, III, Lima, 1999, p. 344).

<sup>96</sup> Vid., igualmente, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGUESSE, *Derecho penal económico*, p. 607 y s.

administrador sea efectivamente quien use indebidamente el patrimonio de la persona jurídica, sino que ese uso indebido podrá tener lugar también cuando el administrador se limita a no hacer nada para evitar que terceras personas se aprovechen indebidamente del patrimonio de la persona jurídica. Se trata, por tanto, del deber positivo de usar el patrimonio de la persona jurídica para el desarrollo de las actividades propias de la persona jurídica sin condicionar su uso al beneficio propio o de un tercero. No obstante, la sola infracción del deber de usar el patrimonio sólo para los fines sociales no configura plenamente el tipo penal. La conducta delictiva precisa, como todas las modalidades de administración fraudulenta de persona jurídica, que se cause además un perjuicio patrimonial a la persona jurídica. Se requiere, como resultado típico, que se perjudique a la persona jurídica mediante una lesión efectiva o la generación de un peligro concreto de perjuicio patrimonial<sup>97</sup>. En este sentido, no todos los supuestos de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica adquieren relevancia penal. Para que la conducta de administración fraudulenta sea penalmente relevante es necesario que produzca un daño o un peligro concreto de daño de cierta entidad sobre la persona jurídica. Los casos en los que no se produce este perjuicio podrían dar lugar a una remoción del cargo y a una indemnización, pero suficiente desvalor como para una intervención jurídico penal, no existiría<sup>98</sup>.

### C. Tipo subjetivo

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica solamente puede ser cometido a título de dolo. Si alguna de las modalidades de administración fraudulenta se comete a título de culpa, podrá tomarse medidas societarias contra los directivos o administradores e incluso hacerlos civilmente responsables por los daños ocasionados, pero no podrá imponérseles una sanción penal. El sistema de *numerus clausus* asumido por nuestro Código penal impide la imposición de sanciones penales a los tipos penales que no contemplan expresamente la figura culposa, como es el caso del delito de administración fraudulenta del artículo 198 del

---

<sup>97</sup> VERDIER, en *Derecho penal especial*, Hamel (dr.), p. 255, sostiene que “el simple uso de los bienes sociales, aun con la intención de devolverlos, constituye abuso de confianza, en razón de los riesgos que se hace correr a la sociedad”.

<sup>98</sup> En el mismo sentido, respecto de la regulación española del delito de administración fraudulenta, NUÑEZ CASTAÑO, en *Temas*, Collantes González (coord.), p. 396.

Código penal<sup>99</sup>. En el Código penal de 1924, por el contrario, sí se contempló el castigo de la figura culposa para el delito de falsos informes societarios.

Situaciones de error penalmente relevantes pueden darse en las diversas modalidades específicas de la administración fraudulenta de persona jurídica. Por ejemplo, la situación de error sobre la incompatibilidad de los intereses personales y los sociales, la asunción de préstamos para la persona jurídica desconociendo los límites internamente establecidos o el error sobre el criterio de valuación adecuado para reflejar fielmente la situación patrimonial de la persona jurídica. Evidentemente, hay que recordar que el error no es la verificación de un estado psicológico de desconocimiento, sino una categoría normativa que se determina a partir de la individualización del conocimiento imputado al autor<sup>100</sup>. En este sentido, no puede tener validez dogmática la simple alusión a un error psicológico, si normativamente no resulta de recibo.

Adicionalmente al elemento subjetivo general del dolo, el tipo penal no requiere de un elemento especial como el ánimo de lucro<sup>101</sup>. Por tanto, la opinión contraria sostenida en la jurisprudencia nacional (exp. 6316-97 de 01/12/1997 de la Corte Superior de Lima) que exige un ánimo del autor de lucrar en beneficio propio o en el de un tercero<sup>102</sup>, resulta inconsistente desde el punto de vista del tipo penal vigente. En consecuencia, el dolo puede asumir cualquiera de sus formas, es decir, puede presentarse como dolo directo de primer o segundo grado e incluso como dolo eventual<sup>103</sup>.

#### D. Autoría y participación

Cuando el delito de administración fraudulenta de persona jurídica se configura como un delito de dominio, autores serán aquellos administradores y directivos que tienen la

<sup>99</sup> Vid., igualmente en el Derecho penal español, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 89.

<sup>100</sup> Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 567 y ss.

<sup>101</sup> Vid., así, correctamente, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 330; REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1016.

<sup>102</sup> Vid., DE LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, *Jurisprudencia del proceso penal sumario (1996-1997)*, Lima, 1999p. 297 y s.

<sup>103</sup> Vid., igualmente en el Derecho penal italiano, ANTOLISEI, *Manuale*, I, p. 148 y ss. Críticamente, MAZZACUVA, en *Trattato*, Di Amato (dr.), Vol. II, p. 90 y s.

competencia primaria por el dominio del hecho, es decir, aquellos a los que les corresponde la facultad de administración, cuyo abuso ha dado lugar al delito de administración fraudulenta. Aquellos cuyo dominio del hecho se encuentra en un nivel secundario, solamente podrán responder a título de partícipes. En esta determinación de la competencia por el dominio, se presentan problemáticos los casos en los que el delito proviene de una decisión colegida tomada por el directorio, el consejo de administración o el consejo de vigilancia. El tipo penal incrimina a los miembros de estos órganos colegiados si realizan alguna de las conductas de administración fraudulenta tipificadas. No obstante, la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado debe ser determinada individualmente en virtud del principio de culpabilidad<sup>104</sup>.

Sobre la responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que votaron a favor de la decisión antijurídica, no cabe la menor duda, salvo casos de error penalmente relevante. La discusión se presenta respecto de la responsabilidad penal de las personas que participaron en la votación, pero no votaron a favor de la decisión antijurídica. Fundar la responsabilidad penal solamente en su participación en la votación, sería un grave error, pues la participación en una decisión de órgano colegiado constituye una conducta arreglada a derecho<sup>105</sup>. Por esta razón, hay que entrar en el sentido de su votación. Si el miembro del órgano colegiado votó en contra, habrá salvado su responsabilidad penal, mientras que el que solamente se abstuvo, podrá responder por haber omitido evitar que se tomara una decisión antijurídica. No obstante, debemos tener en cuenta que esta omisión no resulta siempre equiparable a la conducta comisiva de los otros miembros. Sólo en los casos de delitos de infracción de un deber, la sola omisión da lugar a una responsabilidad penal a título de autor, mientras que en los delitos de dominio, el miembro del colegiado que se abstiene solamente podrá responder a título de partícipe en comisión por omisión.

La determinación de la responsabilidad penal por decisiones colegiadas debe atender además a la cuestión de si el tipo penal asume una estructura de imputación horizontal o una

---

<sup>104</sup> Vid., así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 65.

<sup>105</sup> Igualmente, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, p. 67.

vertical<sup>106</sup>. En el plano horizontal la conducta típica se configura con la sola producción del acuerdo colegiado, mientras que en el plano vertical el tipo penal requiere la ejecución de lo acordado<sup>107</sup>. Una lectura de los supuestos de administración fraudulenta recogidos los diversos incisos del artículo 198 del Código penal parecería abogar por la conclusión de que el tipo penal puede configurarse tanto horizontal como verticalmente. Sin embargo, debemos tener presente que este tipo penal requiere, como ya se señaló, que se actúe en perjuicio de la persona jurídica o de terceros, lo que implicaría necesariamente la generación de cuando menos un peligro concreto, es decir, la ejecución del acuerdo. En este sentido, la imputación penal en el delito de administración fraudulenta cometido a partir de una decisión colegiada tendrá siempre una estructura vertical.

En una estructura de imputación vertical, no presentará mayores problemas atribuir la responsabilidad penal como autor a los miembros del órgano colegiado que tomaron la decisión antijurídica y la ejecutaron luego. Los problemas de imputación penal a título de autor se presentan, más bien, cuando los órganos de administración solamente toman la decisión, pero no la ejecutan. Una imputación a título de autor mediato resulta indiscutible cuando los que ejecutan la decisión lo hacen en calidad de instrumentos. La polémica surge cuando el ejecutor es también un sujeto responsable que realiza con pleno convencimiento y sin ninguna justificación la conducta ilícita. En estos casos, el parecer dominante se inclina a negar la responsabilidad penal a título de autores de aquéllos que toman el acuerdo, en la medida en que no media ningún acto de ejecución. Sólo sería posible una sanción penal a título de instigador. Por nuestra parte, y en la medida que entendemos que los miembros del órgano colegiado asumen, en estos casos, una competencia primaria sobre el dominio del hecho, consideramos que cabe perfectamente atribuirles responsabilidad penal a título de (co)autores, sin que el hecho de que no hayan tomado parte en la ejecución del acuerdo reduzca su competencia por el hecho. La autoría es un concepto también normativo que no depende de datos naturalísticos, como la ejecución directa del hecho. La responsabilidad penal de los ejecutores dependerá de si se mantuvieron en el cumplimiento de su rol o si lo

---

<sup>106</sup> Vid., así, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München, 2001, p. 39 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 350 y s.

<sup>107</sup> Vid., en este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 187 y s.

infringieron también. Sólo en este segundo caso es posible sustentar su responsabilidad penal.

Como partícipes del hecho, sea en calidad de instigador, cooperador necesario o cómplice simple, responderán penalmente los socios y aquellas personas que cumplen labores de asesoramiento, como abogados o contadores de la empresa. Sin embargo, este castigo sólo será posible mientras exista un sujeto cualificado al que se le pueda imputar la realización del delito, siquiera en comisión por omisión. La situación cambia completamente cuando no puede imputarse responsabilidad a un miembro formal de la administración de la empresa (por encontrarse, por ejemplo, en situación de error), pues en estos casos, y respetando el principio de accesoriedad de la participación, no podrá sancionarse a un partícipe sin un autor principal<sup>108</sup>. La redacción cerrada del tipo penal de administración fraudulenta respecto del círculo de destinatarios de la norma traerá como consecuencia que en determinadas situaciones se generen intolerables vacíos de punibilidad. La posibilidad de salvar este problema recurriendo a la norma del actuar en lugar de otro no será posible en nuestra legislación, pues el artículo 27 del Código penal no regula el supuesto de representación entre particulares<sup>109</sup>.

#### E. Concurso

El delito de administración fraudulenta de persona jurídica puede presentarse en concurso con otros delitos. Muy discutida es la cuestión de si existe un concurso de leyes entre la modalidad de falsos informes sociales y el delito de falsificación de documentos. En principio parecería ser que si las falsas informaciones sociales se hacen por escrito se trataría de documentos falsos que configurarían en delito de falsificación de documentos<sup>110</sup>. Esta

<sup>108</sup> Vid., así, GÜBEL, *Die Auswirkungen*, p. 80; FUHRMANN, *Tröndle-FS*, p. 149; KRATZSCH, *ZGR* 1985, p. 507; SCHMIDT, K., «Die Strafbarkeit “faktischer Geschäftsführer” wegen Konkursverschleppung als Methodenprobleme», *Rebmann-FS*, München, 1989, p. 435.

<sup>109</sup> Vid., en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 147; PEÑA CABRERA, *Tratado*, PG, p. 288; MEINI MÉNDEZ, «Responsabilidad penal de las persona jurídicas y de sus órganos de gestión», *Ius et veritas* 13 (1996), p. 208 y ss. Sobre el actuar en lugar de otro entre particulares, vid. GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, II, Zaragoza, 1986, p. 173 y ss.

<sup>110</sup> Hablan de un concurso con falsificación de documentos VILLA STEIN, *Derecho penal*, PE, II-A, p. 169; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual*, PE, p. 332. En el Derecho penal español, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 214 y s.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, p. 140.

afirmación, sin embargo, resulta hoy controvertida, en la medida que para calificar un escrito como documento es necesario que sea un elemento de prueba de lo declarado<sup>111</sup>. En este sentido, las informaciones sociales falsas no podrán configurar un delito de falsificación de documento (o uso de documento falso)<sup>112</sup>, por lo que sólo cabrá su castigo con base en el artículo 198 del CP. Un concurso de leyes sí puede tener lugar, en cambio, entre las falsas informaciones sociales y el delito de estafa o entre el reparto de utilidades inexistentes y el delito de apropiación indebida. En la medida que en la administración fraudulenta se protege el patrimonio ante la puesta en peligro producida por las falsas informaciones sociales o la adulteración de los balances, y en la estafa y la apropiación indebida ante la lesión patrimonial, este supuesto de concurso de leyes deberá solucionarse con base en el principio de consunción, aplicando el tipo penal de estafa o de apropiación indebida<sup>113</sup>. Finalmente, cabe señalar que entre el delito de apropiación indebida y la modalidad de administración fraudulenta constituida por el uso indebido del patrimonio de la persona jurídica, no existe una situación de concurso de leyes<sup>114</sup>. Como ya lo hemos referido, el delito de apropiación ilícita requiere que el autor se apropie de los bienes valores o dinero que ha recibido lícitamente, mientras que el caso de la administración fraudulenta solamente es necesario que el autor use el patrimonio de la empresa para fines personales. En este sentido, no hay un concurso de leyes entre estos delitos, sino que se trata de dos tipos penales excluyentes.

Una situación de concurso de delitos puede tener lugar con delitos patrimoniales como el hurto, la apropiación ilícita o la estafa, así como otros delitos económicos como la defraudación tributaria o los delitos concursales. En función de si se presenta una acción o varias acciones separables, se resolverá estos casos con las reglas del concurso ideal de delitos (artículo 48 del CP) o con las reglas de concurso real de delitos (artículo 50 del CP) respectivamente.

---

<sup>111</sup> Vid., CHOCANO RODRÍGUEZ, «La falsedad documental del artículo 427 del Código penal peruano», *RPDJP* 1 (2000), p. 496.

<sup>112</sup> Cfr., así, BACIGALUPO ZAPATER, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dr.), p. 153 y s.; DEL ROSAL BLASCO, en *I Congreso Hispano-italiano*, Martínez-Buján Pérez (dr.), p. 105.

<sup>113</sup> De distinta opinión es la sentencia de la Corte Suprema (exp. 1052-97 del 31/08/1998), citada por REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 995 y s, en donde se opta por aplicar el artículo 198 CP con base en el principio de especialidad.

<sup>114</sup> De otro parecer en el Derecho penal español, RODRÍGUEZ RAMOS, en *La administración desleal*, p. 44.

Un aspecto polémico en la doctrina penal es la cuestión de si cabe en el delito de administración fraudulenta un delito continuado o no<sup>115</sup>. En primer lugar, cabría preguntarnos si el delito de administración fraudulenta de persona jurídica no presenta un caso de unidad de delito, es decir, un solo delito que se materializa en la realización iterativa de varias acciones (administración). La regulación de la administración fraudulenta en el artículo 198 del CP con una técnica legislativa casuística negaría esta posibilidad. Queda así la discusión reducida a si estamos ante un concurso (real) de delitos o ante un delito continuado. Esta discusión conceptual no tiene, sin embargo, importancia práctica en nuestro sistema penal, pues en ambos casos nuestra ley penal dispone el castigo con la pena del delito más grave. En cualquier caso, conviene dejar precisado que en el plano conceptual, resulta posible la consideración de un delito continuado, siempre que, claro está, se den las condiciones objetivas (tipos penales) y subjetivas (dolo continuado) exigidos por el artículo 49 del CP.

#### F. Penalidad

La pena prevista para el autor del delito de administración fraudulenta del artículo 198 del Código penal es pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. La pena de inhabilitación no se contempla como principal, pero sí podría ser impuesta de manera accesoria conforme al artículo 39 del Código penal, en la medida que se trate de un delito cometido en violación de un deber inherente a la profesión, el comercio o la industria<sup>116</sup>. Además de las penas, caben otras consecuencias jurídicas del delito como sería el caso de la reparación civil por el daño producido, siempre que la persona jurídica o los terceros afectados se hayan constituido en parte civil dentro del proceso penal.

---

<sup>115</sup> Vid., en el Derecho penal argentino, RAFECAS, «Administración infiel: delito continuado, cosa juzgada y ne bis in idem, en un fallo de la Suprema Corte», *NDP*, 2002/b, p. 587 y ss.

<sup>116</sup> Vid., así REYNA ALFARO, *LH-Bacigalupo*, p. 1018. Igualmente en el Derecho penal español, CASTRO MORENO, *El delito societario*, p. 462 y s.