

EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACION DE PERSONAS JURIDICAS

Por Dr. Percy Huaroc Llaja

INTRODUCCION

El analizar el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, nos permite señalar que estamos ante uno de los tipos que ampliamente quiere proteger el patrimonio de la empresa, encontrándose dentro de los delitos Contra el Patrimonio del Código Penal Vigente. Cuando decimos que con este tipo penal se desea proteger jurídico-penalmente a la persona jurídica, la misma que está integrada por el conjunto de cosas u entidades de valor económico y respecto de los cuales se da una determinada relación jurídica; señalamos que lo que finalmente se quiere proteger es a cada una de las personas en sus relaciones sociales, razón por la que según los doctrinarios del derecho penal y la mayoría de legislaciones, los ubican dentro de los delitos económicos, toda vez que tiene un impacto en la economía del país, esto es el perjuicio no solo es del grupo sino también de la colectividad.

Desde hace un tiempo atrás la persona jurídica ha desplazado a la persona individual en el ámbito de los negocios, así se han creado las microempresas, pequeñas y medianas empresas, por lo que ahora, son las que tienen una participación importante en la economía actual. Esta es la razón por la que se hace necesario que se proteja a la misma.

En nuestro Código Penal, el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas es ubicado dentro de lo que algunos doctrinarios llaman, Delitos Patrimoniales y dentro de ello, los del derecho societario, que consiste en el conjunto de normas que protegen jurídico-penalmente la persona jurídica.

El Código Penal de 1991, incorporó una serie de figuras delictivas que apuntan a la protección de principios de la iniciativa privada en una economía social de mercado. Entre las figuras delictivas importantes e innovadoras apareció el delito denominado Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, habiendo tenido su última modificación el 31 de diciembre de 2008, por la Ley N° 29307, en el que el sujeto activo puede ser el que ejerce función de administración o de representación, por lo que se puede decir que es un delito especial.

Por ello, es nuestro interés el desarrollo de este tema en el presente artículo para analizar los alcances de este tipo penal.

II. - CONCEPTOS BASICOS

2.1. - BIEN JURIDICO

El concepto de bien jurídico, tiene que girar en torno a la persona humana, como ente social; por tanto, es "una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y

dialéctica"¹. Es dialéctica porque en la acción social concreta se expresan constantemente intereses contrapuestos existentes en el desarrollo social. Este concepto aparece como fundamentador de la intervención y al mismo tiempo garantizador para el ciudadano.

Pero adicionalmente es deslegitimador de la intervención estatal, por cuanto se resolverán conflictos que surjan por otros medios que no sea el penal, por ello el concepto de bien jurídico no solo es crítico respecto al sistema jurídico sino también al sistema social.

2.2. - BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Es el interés jurídico protegido, es un bien de los hombres, reconocido por el derecho y protegido por el mismo.²

La posición dominante actualmente en la doctrina penal es aquella en la que la tarea del derecho penal consiste y debe consistir en la protección de los bienes jurídicos más importantes del ordenamiento jurídico.³

Al concepto de bien jurídico protegido se le reconoce dos funciones principales: la de limitación del ius puniendi estatal (función crítica) y la de servir de criterio para la interpretación de los tipos penales (función dogmática).⁴

En la actualidad, no existe ninguna teoría que haya conseguido elaborar un concepto satisfactorio de bien jurídico dentro del campo penal, que permita delimitar con exactitud la intervención del derecho penal. Sin embargo se puede justificar la intervención penal siempre que se pretenda o reclame un interés público, por ejemplo en el medio ambiente, en la economía, en la educación o en la investigación. Según la posición de Sax, Rudolphi y Roxin, la Constitución Política tiene el papel decisivo para concretar el contenido de los bienes jurídicos tutelables penalmente. Bricola, va más lejos todavía al identificar los bienes jurídicos protegidos penalmente con el ordenamiento constitucional de valores. Así, serían bienes jurídicos protegidos los derechos fundamentales mencionados expresa o implícitamente en la Constitución, cuyo reconocimiento fue impuesto al Estado tras un largo proceso histórico.⁵

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, evita diferenciar entre bienes jurídicos individuales y supra individuales y resalta continuamente la tarea del Derecho Penal de proteger bienes sociales significativos y elementales o valores elementales de la vida social. El Derecho Penal, se señala, que deberá cumplir la función de "feed back" (retroalimentación), de aportar a la preservación del funcionamiento de la democracia en la sociedad. Pero el Derecho Penal solamente podrá cumplir con estas tareas cuando su intervención esté justificada por principios claros y justos como el de protección de bienes jurídicos. De otro lado la protección de los bienes jurídicos tiene que ser armonizada y puesta en concordancia práctica, con el derecho fundamental de los destinatarios de las normas penales; así el Derecho Penal tiene que limitarse a la punición de determinadas conductas graves que atentan contra determinados bienes jurídicos importantes, pero la determinación del bien jurídico a tutelar solamente constituye el primer paso y sirve, sobre

¹ Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal- Parte General. 3ra. Edic. Edit. Ariel. Barcelona 1989

² Ezaine Chavez, Amado. Diccionario de Derecho Penal. 6ta. Edic. Edit. Jurídicas Lambayecanas. Chiclayo.1986.

³ Abanto Vásquez, Manuel. Derecho Penal Económico, pág. 42. Idemsa, Marzo 1997.

⁴ Abanto Vásquez Manuel, citando a Hassemer, 1973, pág. 20.

⁵ Abanto Vásquez Manuel, citando a Bricola, 1973.

todo, para colocar un límite al ius puniendi del Estado, de tal manera que éste tenga en cuenta como materia de prohibición, exclusivamente, las afectaciones de bienes jurídicos, lo cual no significa que en el Código Penal únicamente se encuentre protegidos bienes jurídicos. Otros intereses e incluso ideologías morales y éticas siguen en el Código penal en tanto los tipos correspondientes no sean derogados formalmente.

2.3. - PATRIMONIO

En la Teoría General del Derecho se utiliza el concepto que engloba un conjunto de relaciones y obligaciones, denominado Patrimonio, dicho concepto no está plenamente perfilado, lo que permite que se pueda aceptar un concepto suficientemente amplio y después, en atención a los fines del Derecho Penal, ir delimitándolo. En este sentido amplio se puede definir al Patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero. Así es necesario que el Patrimonio tenga un valor estimable en dinero. El concepto económico se refleja en el Código Penal, ya que la mayoría de los delitos Contra el Patrimonio, en nuestro Código, requieren la producción de un perjuicio patrimonial valorable en dinero como base para poder imponer la pena.

Lo que caracteriza el concepto penal de Patrimonio es tanto el valor económico de la cosa, como la protección jurídica que se brinda a la relación de una persona con esa cosa, propuesta por concepción mixta o juridicoeconómico, esto es tanto un bien dotado de valor económico y que se tenga una relación protegida por el ordenamiento jurídico. En el aspecto del perjuicio patrimonial se entiende como toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que, jurídicamente corresponde a una persona.⁶

III.- EL FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS EN NUESTRA LEGISLACION

3.1. – FRAUDE

La palabra Fraude, proviene del latín: fraus, que denota engaño, abuso de confianza, dolo⁷

En otras legislaciones a este delito se le conoce como Administración Fraudulenta o Administración Desleal, así en el Código Penal Español, se le conoce como Administración Fraudulenta.

El Código Penal Español lo denomina, Administración Social Fraudulenta, siendo la gran novedad de los delitos societarios, porque asegura la integridad patrimonial de las sociedades⁸ y cubre una zona de evidente desprotección jurídicopenal. Así se reprime por un lado aquel que dispone fraudulentamente de los bienes de la sociedad y por otro lado a aquel que contare obligaciones a cargo de esta⁹.

Nuestra legislación Civil señala que la persona jurídica nace con la inscripción en los correspondientes registros, pero también existen las personas jurídicas no inscritas que de igual forma que las anteriores, pueden ser objeto de fraude en su administración. La

⁶ Huerta Tocildo, los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código penal de 1980, pág. 35.

⁷ Diccionario Karten Ilustrado. Edit. Sopena Argentina S.A.C.I. e I. Argentina. 1977.

⁸ Queralt Jiménez J.J. Derecho Penal Español, Parte Especial, 1996.

⁹ Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Especial. Editorial Tirant Lo Bllanch. Calencia, España 2004, página 539.

discusión doctrinaria sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido superada, prevaleciendo el principio de que sólo la persona natural libre y consciente puede ser sujeto activo de un delito¹⁰.

En razón de la importancia que las personas jurídicas han adquirido en el quehacer actual de la economía del país, el Derecho Penal no ha podido quedarse impávido a las acciones fraudulentas que se realizan en su interior, porque dichas acciones perjudican o pueden perjudicar el patrimonio de la persona jurídica, lo que podía influenciar en la vida económica nacional. La intervención del Derecho Penal sobre las personas jurídicas obedece a la necesidad de asegurar la protección del patrimonio de los accionistas, socios, asociados y terceros interesados. El abuso de facultades que reiteradamente realizan los encargados de la administración de la persona jurídica y la falta de control de los directamente interesados justifica ampliamente la intervención del Estado a través del Derecho Penal.

El primer antecedente de incriminación de fraudes y abusos practicados por administradores de sociedades por acciones, data de la Ley Francesa del 04 de julio de 1867. Advirtiéndose que es desde ese tiempo, que el Derecho Penal comienza a ingresar en las personas jurídicas para sancionar las conductas fraudulentas que se realizan en su perjuicio o de terceros¹¹.

Nuestro Código Penal, recogiendo la realidad de nuestro medio, ha optado por abarcar a todas las personas jurídicas, diferenciándose con ello del Código de 1924, que sólo consideraba como persona jurídica a las sociedades anónimas y cooperativas.

3.2. - DESCRIPCION LEGAL DEL ARTICULO 198º DEL CODIGO PENAL

Este delito está contenido en el Art. 198º del Código Penal, que a la letra dice:

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

- 1.- Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.***
- 2.- Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.***
- 3.- Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.***
- 4.- Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.***
- 5.- Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.***

¹⁰ Muñoz Conde Francisco, Teoría General del Delito. Edit. Temis. Colombia 1999.

¹¹ Peña Cabrera Raúl, Citando a Fragozo en Tratado de Derecho Penal. Edic. Jurídicas 1993.

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

7.- Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.

8.- Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica"

3.3. - ANALISIS

Es necesario formular un concepto normativo a efectos penales de persona jurídica, por ello se entiende penalmente por persona jurídica: como un ente ideal que representa un centro de situaciones jurídicas e imputaciones de deberes y derechos, en otras palabras es la reducción abstracta de la pluralidad de personas a una entidad ideal de referencia nominativa, que intervienen en el mercado tengan o no ánimo de lucro¹².

Así la personalidad jurídica propia y separada de la de sus integrantes o directivos (fundaciones) y su participación en el mercado, aunque no se busque beneficio, es decir, el reparto directo de ganancias entre los participantes (caja de ahorros, cooperativas) son las notas esenciales.

Por otro lado, la sociedad puede estar en formación o constituida, es decir se trata de una persona jurídica plena, o de otra aún no consolidada jurídicamente por entero, pues la personalidad jurídica íntegra, se adquiere cuando se inscribe en el Registro respectivo el acta fundacional y los estatutos. Es menester tener en cuenta, que durante el periodo previo al de la plena adquisición de personalidad jurídica, son necesarios actos jurídicos y económicos, que pueden ser manipulados dolosamente y, por tanto ser generadores de un comportamiento susceptible de ser incluido en un delito societario. Ej.: la formulación de cuenta de gastos de constitución intencionalmente incorrecta; sin olvidar que una vez adquirida plena capacidad jurídica la sociedad se subroga en el patrimonio fundacional y que en todo caso, los promotores son responsables de su gestión previa a la inscripción.

La discusión doctrinaria sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido superada, por lo que sólo la persona natural libre y consciente puede ser sujeto activo del delito¹³. Se reconoce que a la persona jurídica no le falta capacidad de actuar¹⁴, actúan a través de sus órganos, cuyas acciones y omisiones son consideradas como las del grupo. Lo que no existe en la persona jurídica, según el criterio tradicional en la Europa Continental, es la culpabilidad en el sentido de reprobación moral. Y como el Derecho Penal Contemporáneo no admite responsabilidades por un hecho totalmente ajeno, una ficción penal pura contradice principios rectores del mismo Derecho Penal Moderno: los de culpabilidad e individualidad.

Es necesario señalar que el bien jurídico protegido y el sujeto pasivo en todos los supuestos del artículo 198º del Código Penal es el mismo.

3.4. - EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

¹² Fernández Sesarego, Carlos. *Derecho de las personas; 3ra Edición, ed. Studium, 1988, pág. 145.*

¹³ Peña Cabrera Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, página 299.*

¹⁴ Prado Sadarriaga Víctor, *Derecho Penal Patrimonial II, del año 1995, pág. 6.*

Como el legislador lo ubica dentro del título perteneciente a los delitos Contra el Patrimonio, se deduce que el bien jurídico protegido es el patrimonio social, como una universalidad jurídica¹⁵. La tutela jurídica está dirigida a la protección de los intereses patrimoniales de los accionistas o socios de una persona jurídica. El perjuicio ocasionado al patrimonio social puede ser con una efectiva disminución del patrimonio social o con dejarse de obtener determinadas ganancias, etc.

De otro lado también se protege la tutela de la fe pública, en el sentido de confianza, honestidad y buena fe en los negocios, pues aunque en forma secundaria, la buena fe es lesionada en las diversas figuras delictivas del artículo 198° del Código Penal¹⁶.

El delito de fraude en las Personas Jurídicas, al igual que en el delito de estafa, requiere un engaño, siendo característica especial de este tipo, que la acción tienda a perjudicar el patrimonio de una persona jurídica o lesionar el patrimonio de un tercero, utilizando algún fraude en la persona jurídica¹⁷.

3.5. - SUJETO ACTIVO

El tipo legal del artículo 198°, en su última modificación del 31 de diciembre del 2008, por el artículo 1° de la Ley 29307, establece que solamente pueden ser las personas naturales, que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realizan cualquiera de los ocho supuestos típicos enumerados en la mencionado artículo.

Se conoce también como un delito especial, porque sólo puede ser cometido por quien ejerce funciones de administración o de representación. Estas exigencias cobran sentido en razón de que las conductas incriminadas presuponen un nivel de decisión y participación al interior de la persona jurídica con repercusión del exterior de la misma.

Función de Administración: Según Harold Koontz¹⁸, son los funcionarios de la persona jurídica que planifican, organizan, integran el personal, dirigen y controlan en una persona jurídica.

Función de Representación: Son aquellos que tienen facultad de comparecer por la persona jurídica ante terceros, como socios, gerentes, presidentes, directores o apoderados.

3.6. - SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, que resulte perjudicada con el comportamiento del sujeto activo¹⁹. En relación causal, si se afecta a la persona jurídica directamente se está lesionando a los intereses de los accionistas, socios o asociados y a los terceros interesados. Cuando se señala que el sujeto pasivo puede ser la

¹⁵ Mirabete Julio F. Manual de Derecho Penal, 1985, Sao Paulo pág. 309.

¹⁶ Logoz Paul, Comentario del Código Penal Suizo, parte especial, 1955, T.I, pág. 168.

¹⁷ Bramont-Arias Torres, Luís Alberto, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Edit. San Marcos, Cuarta Edición, 1998, pág. 361.

¹⁸ Miguel Herrera, en www.auladeeconomia.com, citando a Harold Koontz.

¹⁹ Bramont-Arias Torres, Luís Alberto, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Edit. San Marcos, Cuarta Edición, 1998, pág. 362.

propia persona jurídica, se entiende que es aquella en el que el autor del ilícito tiene labores de administración o de representación²⁰.

Los terceros interesados vienen a ser aquellos afectados mediante falsas comunicaciones, que pueden ser, los futuros socios, los posibles acreedores y más directamente los acreedores²¹.

3.7. - ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

En este tipo se requiere necesariamente del Dolo, el mismo que se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva. Es necesario señalar que, el texto legal no hace referencia a ningún elemento subjetivo del tipo, no se exige un ánimo de lucro en el sujeto activo, a pesar de que en la mayoría de los casos éste ocurrirá²².

3.8. - SUPUESTOS TÍPICOS

Conductas defraudatorias de los que se sirve el sujeto activo para perjudicar al sujeto pasivo. Los comportamientos descritos por el art. 198º del Código Penal son:

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

En este aspecto el comportamiento consiste en ocultar a personas interesadas, la situación real de la persona jurídica, mediante cualquier engaño que suponga alguna variación en las partidas contables.

Entendiéndose por ocultar, toda acción u omisión destinada a esconder o disimular un determinado hecho. La ocultación de la situación real tiene que hacerse por cualquier medio que suponga una variación de las partidas contables; para el efecto el Código Penal indica como posibles medios de variación: el falseamiento de balances, reflejar u omitir en ellos los beneficios o pérdidas²³.

El balance es la anunciación del activo y del pasivo, y el resultado de su confrontación. El balance indica el estado del activo y del pasivo de la persona jurídica, que permite por comparación con balances de periodos anteriores, seguir la marcha de los negocios o apreciar que existen ganancias o pérdidas.

La importancia del balance para el tipo legal es su función informativa, que reposa en los principios de claridad, veracidad, unidad, continuidad y prevención o prudencia, por lo que permite conocer la verdadera situación económica de la persona jurídica²⁴. Se configura

²⁰ García Cavero Percy, Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos Contra la Confianza y la Buena fe en los Negocios, Palestra Editores, Lima 2005, pág. 40.

²¹ Roy Freyre, Luis E. Derecho Penal Peruano. T. III. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima.

²² Bramont-Arias Torres Luis Alberto y María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Cuarta Edición, Lima.1998 pág. 362.

²³ Bramont-Arias Torres Luis Alberto y María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Cuarta Edición, Lima.1998 pág. 362.

²⁴ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, página 217.

cuando se informa en asamblea o en junta general, con falsedad, en forma inexacta, u ocultando hechos que deben informarse por ser de interés.

Falso balance se da cuando no se indican en los activos, bienes que efectivamente forman parte del patrimonio social. Es pues el falso balance aquel en el que se omite circunstancias que deben hacerse figurar o se asientan otras que no coinciden con la realidad; determinando una confusión o engaño de la situación económica de la persona jurídica²⁵.

Este tipo de delito se da por comisión y omisión, debiendo referirse a hechos de importancia, es decir hechos que puedan influir sobre la economía de la persona jurídica. La última modificación incluye a los auditores internos como externos, en el sentido que el agente oculte a estos la verdadera situación económica, toda vez que estos con dicha información procederán a realizar sus labores de mucha importancia para la empresa.

Especialmente en este tipo de delito, como señala Sebastián Soler, el agente es el director, el gerente o el administrador y liquidador, personas que tienen en sus manos las facultades de administrar y gestionar a la persona jurídica. Pues estas personas tienen el control y la ejecución de las acciones propias de una empresa. Este tipo eminentemente doloso, es decir tiene que tener intención manifiesta de reflejar u omitir beneficios y pérdidas o usar cualquier otro engaño que suponga aumento o disminución del patrimonio social. Es pues la voluntad consciente, dirigida a afirmaciones falsas o a ocultaciones fraudulentas, con la finalidad de causar un perjuicio a la persona jurídica o a terceros²⁶.

Para algunos como Mirabete, se consuma tan solo con el falso informe, independiente con el resultado lesivo, perfeccionándose cuando el balance llega a conocimiento de los sujetos pasivos. No siendo necesario que estos caigan en el engaño. Del mismo modo Percy García Caveró, añade que se habría configurado este delito, cuando el ocultamiento haya generado una decisión perjudicial para los sujetos antes mencionados²⁷.

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

Al igual que en el anterior comportamiento, la acción realizada por el sujeto activo va dirigido a no reflejar la verdadera situación de la persona jurídica. El medio de que se vale el sujeto activo es emitir datos falsos, siendo este punto el que permite diferenciar este supuesto del contemplado en el inciso anterior, que es más restringido al aumento o disminución de las partidas contables. Comprende, por tanto, el proporcionar cualquier dato falso que no implique el aumento o disminución de las partidas contables²⁸.

La ley prevé diversas formas de asegurar a los accionistas y socios la debida información del balance y la supervisión del mismo, mediante el derecho de inspeccionar la contabilidad de la persona jurídica y de pedir información sobre el curso de las operaciones sociales, este derecho de información se encuentra limitado, cuando a criterio del directorio, la publicidad de los datos solicitados perjudica a los intereses de la persona

²⁵ Torres y Torres Lara Carlos, El Balance Falso en las Cooperativas, Asesorandina 1987.

²⁶ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Jurídicas 1993, pág. 219.

²⁷ García Caveró Percy, Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos Contra la Confianza y la Buena fe en los Negocios, Palestra Edit. Lima 2005, página 58.

²⁸ Bramont-Arias Torres Luís Alberto y María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Cuarta Edición, Lima.1998 pág. 362 y 363.

jurídica. Pero esta limitación no funciona si la solicitud esta apoyada por la cuarta parte del capital pagado.

Cuando se reúne la asamblea de accionistas o socios, el directorio eleva para su conocimiento la memoria anual sobre la marcha de los negocios de la persona jurídica, acompañando datos concretos y precisos de su estado económico.

Los interesados pueden recabar datos para hacerse una idea de la institución, antes de concurrir a la junta general. Siendo que los accionistas propietarios del capital social, es deber de los administradores, enterarlos del movimiento económico, mediante informaciones periódicas y en la oportunidad que se le requiera. Cualquier falsedad en estos datos configura delito. Antolisei señala que la puesta a disposición de datos, puede ser tanto en forma escrita como verbal, y la falsedad debe ser concreta y precisa, estos datos falsos deben ser sobre la situación económica financiera²⁹.

Solamente pueden realizar el tipo, los que de acuerdo a ley o los estatutos están encargados para autorizar o publicar los datos que los interesados soliciten.

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

El comportamiento consiste en cualquier acción u omisión que realice el sujeto activo, tendiente a falsear la verdadera cotización de acciones, títulos o participaciones. El medio del cual se vale el sujeto activo es el engaño³⁰.

Para Peña Cabrera, la Acción, es una parte del capital social de la sociedad anónima, en la que se reúne un conjunto de derechos y obligaciones del accionista en contribución de su aporte. Respecto al Título, señala que, en unos casos, representa los derechos de los accionistas a quienes se ha reembolsado el importe de sus acciones, en otros casos, representa los beneficios atribuidos a los fundadores en compensación de los servicios prestados para la constitución de la sociedad, o las participaciones acordadas a los trabajadores. Finalmente añade que la Participación, es la medida del derecho de los socios, se da en las sociedades de responsabilidad limitadas, y en las sociedades civiles, sean lucrativas o no³¹.

Mirabete señala, que el agente utiliza mentiras o falsificaciones, normalmente operaciones ficticias. La acción delictuosa, advierte Creus, tiene que estar orientada a presentar a la acción, título o participación con un valor que realmente no tiene o no podrá alcanzar en el mercado. En nuestra legislación, está prohibido la emisión de acciones sin valor nominal. Fragoso, afirma que las falsas cotizaciones de cualquier empresa, darán indicación errónea sobre la situación económica, atrayendo capitales e induciendo a error a aquellos que realicen transacciones con la persona jurídica³². Percy García Caveró, señala que se castiga el hecho de promover mediante actos de simulación, falsos valores, lo que significa un abuso de facultades de administración para perjudicar a terceros³³.

²⁹ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, pág. 222.

³⁰ Bramont-Arias Torres Luis Alberto y María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Cuarta Edición, Lima.1998 pág. 363.

³¹ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, pág. 225-226.

³² Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, pág. 226-227

³³ García Caveró Percy, Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos Contra la Confianza y la Buena fe en los Negocios, Palestra Edit. Lima 2005, pág. 64.

El sujeto activo del delito puede ser un miembro del directorio, el gerente y el administrador en el caso de las sociedades civiles.

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

Conforme señala Luís Alberto Bramont-Arias Torres y María del Carmen García Cantizano, el comportamiento consiste en aceptar - acceder, admitir - acciones o títulos de la persona jurídica, como garantía de un crédito. En sí, la conducta sólo es antijurídica cuando los propios estatutos de la persona jurídica no permitan tal posibilidad.

La acción típica consiste en aceptar las acciones o los títulos de la misma persona jurídica, como garantía de algún crédito, cuando está expresamente prohibido por ley y por los estatutos. Los accionistas, socios y asociados, no pueden beneficiarse con préstamos, dejando como garantías, los títulos o las acciones de la persona jurídica a la que pertenecen, pues sería como afirma Mirabete, acreedora y fiadora al mismo tiempo. En determinado momento, la persona jurídica se vería obligada a rematar sus propias acciones en caso de incumplimiento, perjudicándose ella y los terceros interesados³⁴.

Ahora bien, el artículo 106º de la Ley General de Sociedades, establece la prohibición de otorgar prestamos cuyo cumplimiento esté respaldado con acciones de propia emisión, sin embargo se tiene que el tipo penal en comento, establece que es necesario que esta operación ocasione un perjuicio patrimonial a terceras personas³⁵.

Un miembro del directorio o los administradores en el caso de sociedades civiles, puede ser el sujeto activo del delito.

5.- Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.

El comportamiento consiste en fraguar, maquinar o tramar balances, esto es, el sujeto activo, realiza determinados actos para alterar los balances, que acabarán siendo falsos, con la finalidad de distribuir utilidades reflejadas en los balances adulterados³⁶.

El agente, tiene que mejorar el activo social, con el fin de hacer aparecer cantidades inexistentes o simuladas, sobrevalorando los elementos contenidos en el activo, mejorando los títulos en cartera, disminuyendo u omitiendo las cargas del activo. García Rada señala, que pueden presentarse dos premisas; que el balance no arroje utilidades, a pesar de lo cual el directorio declara que existen y ordena su distribución o que mediante balances falsos el directorio declare utilidades y las reparta, configurándose el delito en ambos supuestos³⁷.

³⁴ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, pág. 229.

³⁵ García Caveró Percy, Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos Contra la Confianza y la Buena fe en los Negocios, Palestra Editores, Lima 2005, pág. 69.

³⁶ Bramont-Arias Torres Luís Alberto y María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Cuarta Edición, Lima.1998 pag. 363.

³⁷ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Jurídicas 1993, pág. 231.

Es un delito de infracción de un deber, toda vez que el administrador, abusando de sus facultades de administración, procede a reflejar utilidades inexistentes para su posterior reparto indebido en detrimento del capital social de la persona jurídica³⁸.

Solo puede realizar este tipo, el directorio, pues éste es el órgano social que en cada ejercicio económico, declara si hay o no utilidades y dispone su distribución, esto en las sociedades anónimas y en las sociedades civiles y cooperativas serán los administradores.

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

El comportamiento consiste en omitir comunicar a estos mismos órganos, que tiene negocios afines con los de la persona jurídica, dado que los intereses del sujeto activo y la persona jurídica son incompatibles³⁹.

Peña Cabrera, señala que el agente puede encontrarse en una relación mediata o inmediata, en el primer caso cuando se trata de un negocio en el que el mismo es el contratante y será mediata cuando quien contrata con la persona jurídica está vinculada con el agente⁴⁰.

Cualquier miembro del directorio, consejo de administración, consejo directivo, el gerente, el auditor interno o externo, puede ser el agente en este supuesto típico.

7.- Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.

El comportamiento consiste en asumir préstamos para la persona jurídica. Se considera que la actuación del sujeto activo tiende a causar un perjuicio a la persona jurídica; Ej.: en el caso de que no pueda hacer frente, posteriormente, a dicho préstamo⁴¹.

Asumir préstamos para la persona jurídica no está prohibido, siempre que se realicen por los cauces normales y la publicidad necesaria que señala la ley y los estatutos respectivos. Los préstamos para la persona jurídica deben tener la aprobación de la junta general, o de la asamblea general o en todo caso de los miembros de los órganos respectivos.

Cuando se asume préstamos para la persona jurídica sin haber seguido los principios de veracidad y publicidad que la ley o los estatutos señalan, el agente realiza préstamos sin poner en conocimiento a los órganos competentes de la persona jurídica, con el ánimo de causarle perjuicio a la misma⁴².

El sujeto activo en este supuesto típico, puede ser un miembro del directorio, o del consejo de administración en personas jurídicas de carácter civil o el gerente.

³⁸ García Caveró Percy, Fraude en la Administración de Personas Jurídicas y Delitos Contra la Confianza y la Buena fe en los Negocios, Palestra Edit. Lima 2005, pág. 59.

³⁹ Bramont-Arias Torres Luis Alberto y María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Cuarta Edición, Lima.1998 pág. 363.

⁴⁰ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, pág. 234-235.

⁴¹ Bramont-Arias Torres Luis Alberto y María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal Parte Especial. Cuarta Edición, Lima.1998 pág. 363.

⁴² Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, pág. 236.

8.- Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica"

Consiste en el uso del patrimonio de la persona jurídica con el objetivo de beneficiarse personalmente, como son los préstamos de bienes, dinerarios o no, que se hagan los administradores o presten a terceros, sin que se tengan el permiso necesario de la junta general, la asamblea de socios o el órgano correspondiente. Asimismo, con el simple uso de los bienes⁴³.

Los que pueden cometer este supuesto se pueden encontrar los directores, gerentes, administradores.

3.9.- TIPO SUBJETIVO

Todos los supuestos típicos señalados anteriormente, son eminentemente dolosos. En el caso que se cometa por culpa, este no tendrá represión penal, sino será sometido a sanciones societarias.

3.10.- LA PENA

Se establece pena privativa de libertad no menor a un año ni mayor de cuatro años.

⁴³ Peña Cabrera Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Edic. Jurídicas 1993, pág. 238.