

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL ARTÍCULO 250B DEL
CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. UNA MIRADA A LA DOCTRINA Y AL
DERECHO COMPARADO**

TOMÁS HOYOS DUQUE

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2019**

**EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:
REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL ARTÍCULO 250B DEL
CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. UNA MIRADA A LA DOCTRINA Y AL
DERECHO COMPARADO**

ESTUDIANTE:
TOMÁS HOYOS DUQUE

**MONOGRAFÍA COMO
REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO**

ASESOR:
ALFONSO CADAVID QUINTERO
Doctor en Derecho Penal Universidad de Salamanca
Profesor de Derecho penal Universidad EAFIT

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2019**

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, septiembre 27 de 2019

*A mis padres, por todo, porque
sin ellos nada de esto hubiera
sido posible.*

Nota de agradecimiento

Al Profesor Alfonso Cadavid por transmitirme la pasión por el Derecho penal, por sus observaciones y tomarse el tiempo de revisar esta monografía.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I.....	14
1.1. ANTECEDENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL: HISTORIA Y DERECHO COMPARADO.....	14
1.2 FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL: LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO SOCIETARIO	20
1.2.1.1. BREVES PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	20
1.2.1.2. EL DERECHO PENAL EN LA EMPRESA	23
1.2.1.3. NECESIDAD DEL TIPO PENAL	28
1.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL: CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ALREDEDOR DEL ACTO DE DESLEALTAD.....	30
CAPITULO II	37
LA ADMINISTRACION DESLEAL	37
2.1. DEFINICIÓN	37
2.2. EL TIPO OBJETIVO.....	37
2.2.1 BIEN JURÍDICO Y OBJETO MATERIAL.....	37
2.2.2 LOS SUJETOS DEL DELITO.....	45
A. SUJETO ACTIVO.....	46
B. SUJETO PASIVO.....	49
2.2.3. LA CONDUCTA TIPICA.....	51
A. LA DISPOSICION FRAUDULENTA.....	52

B. EL CONTRAER OBLIGACIONES	57
C. COMISIÓN POR OMISIÓN.....	59
2.2.4. ITER CRIMINIS: ESPECIAL REFERENCIA A LA TENTATIVA.....	62
2.2.5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	66
2.3. EL TIPO SUBJETIVO	73
2.3.1. EL DOLO.....	74
2.3.2. OTROS ASPECTOS SUBJETIVOS	76
CAPITULO III	79
3.1. DIFERENCIACIÓN CON LA ESTAFA.....	79
3.2. DIFERENCIACION CON EL ABUSO DE CONFIANZA	82
CONCLUSIÓN	88
REFERENCIAS.....	92

RESUMEN

Este trabajo analiza los elementos objetivos y subjetivos del delito de administración desleal junto a sus particularidades, tipificado en el artículo 250B del Código Penal colombiano. El análisis de su contenido se sitúa en el contexto del derecho penal económico para luego adentrarse en la discusión doctrinal que ha suscitado el delito desde la perspectiva del derecho comparado. Se abordan las principales dificultades interpretativas que originan la concreción del bien jurídico, la descripción de las conductas típicas, algunas cuestiones relativas a la autoría y participación, la tentativa y el tipo subjetivo. Asimismo, se ofrecen criterios de diferenciación frente a los delitos de abuso de confianza y estafa, que generan problemas conceptuales y de adecuación típica.

PALABRAS CLAVES: Administración desleal / Derecho penal económico / Delitos societarios / Patrimonio económico / Responsabilidad penal empresarial / Administradores / Art. 250B / Código Penal Colombiano

INTRODUCCIÓN

“La correlación entre negotia et delicta resulta inevitable”
-Humberto Vásquez¹

Las ideas clásicas de Beccaria y Feuerbach ya venían insistiendo en la necesidad de un derecho penal garantista cobijado por los principios de intervención mínima y *ultima ratio*. Sin embargo, aquello se ha quedado exclusivamente en el plano ideológico. Es claro que en las últimas décadas se ha maximizado la intervención del Derecho penal incorporándose a esferas anteriormente no contempladas en la jurisprudencia y la dogmática jurídica, como el derecho penal económico y los delitos societarios. Siendo ello, un resultado del fenómeno de expansión del derecho penal en el marco de la globalización económica planteado hace tiempo por el profesor Jesús María Silva Sánchez².

América Latina –y, en particular, Colombia– ha venido experimentando una tendencia expansiva del derecho penal que se refleja en el aumento considerable de penas, un sinnúmero de reformas y nuevos delitos. Ello ha vuelto necesario renovar el estudio y planteamiento de ciertas instituciones jurídicas del Derecho y la responsabilidad penal. Para efectos de este trabajo, se estudian las cuestiones dogmáticas concernientes al delito de administración desleal³ consignado en el artículo 250B del Código Penal e introducido recientemente con la Ley 1474 de 2011 que no solo plantea dificultades dogmáticas, sino también de aplicación práctica.

Las nuevas manifestaciones del delito han obligado a las ciencias jurídico-penales y criminológicas a desarrollar nuevos tipos penales que criminalizan conductas aparentemente novedosas, como el grupo de delitos económicos que no obstante obedecen a una necesidad real y político-criminal.

Esta clase de comportamientos delictuales que consisten a grandes rasgos en la utilización de las estructuras societarias como medio para la comisión de ilícitos, encontraban anteriormente su fundamento en medidas sancionatorias del derecho

¹ CARRERA PABLO, Daniel. VASQUEZ, Humberto (directores): Derecho penal de los negocios. p. 5.

² Sobre el fenómeno véase ampliamente: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. p. 81.

³ En España, con la reforma de la Ley Orgánica 01/2015 fue derogado el artículo 295 del Código Penal de 1995 y se introdujo, en el artículo 252, una administración desleal, que hace referencia a una defraudación genérica del patrimonio ajeno, equiparándose a la ya existente en el § 266 del *StGB*, materia a la que se hará referencia posteriormente.

El artículo 250B del Código Penal colombiano guarda una estrecha similitud con el anterior artículo 295 del Código Penal Español. En la actualidad, la reforma en España implicó cambios sustancialmente distintos, dejando de ser un delito estrictamente societario a ser ahora un delito contra el patrimonio ubicado en las defraudaciones.

comercial⁴ o del derecho administrativo sancionador. Sin embargo, el delito societario de administración desleal tipifica un supuesto de ilícito que se comete al interior y contra la misma sociedad.

La globalización y los crecientes procesos económico-industriales –o sociedad del riesgo si se quiere– han ido desarrollando paralelamente formas delictuales que deben contenerse por vía del poder punitivo, lo que parece ser una expansión necesaria, y que ciertamente obedece a necesidades fundadas de la sociedad (riesgo e inseguridad en la actividad económica) de canalizar conductas ilícitas a través del Derecho penal; expectativa que refuerza el sustrato material de los principios jurídico-penales⁵, en especial la pena, no solo como castigo sino también como prevención al delito; esto, si se tiene en cuenta que con ello se pretende disminuir los riesgos en la actividad empresarial y reivindicar la protección de bienes jurídicos imprescindibles para el desarrollo de una sociedad democrática. Pese a lo anterior, es imperativo constatar la existencia de una verdadera lesión o a lo sumo, una puesta en peligro para el bien jurídico, debiendo ser necesario agotar antes los controles previos del ordenamiento a la actividad empresarial o económica; como lo plantearía la crítica al derecho penal moderno propia de la Escuela de Frankfurt de Hassemer⁶.

Aunque la idea integral de un derecho penal mínimo ampliamente desarrollada por Ferrajoli⁷ y Hassemer⁸, ofrece argumentos deseables desde la perspectiva moral, político-criminal y de un Estado Social de Derecho, la realidad es otra, tales postulados deben ser aplicados como límite o garantía al fenómeno de modernización del Derecho penal y no, como resistencia a la tendencia expansiva, es decir, propugnar por la vuelta al llamado Derecho penal liberal y de intervención mínima, es desconocer la realidad socioeconómica; *ultima ratio* no es *nulla ratio*⁹.

A raíz de las grandes crisis financieras, el desplome de mercados y desfalco de sociedades, el debate sobre la intervención del derecho penal en la economía y el mercado financiero parece estar agotado, pues ya es claro que los hechos no han obedecido a causas del azar o errores imprevisibles propios de la dinámica de los negocios, sino por el contrario a conductas y decisiones empresariales autónomas que han constituido hechos punibles causantes de graves daños. Es en esa medida que resulta adecuado un marco-jurídico-penal a la vanguardia de las nuevas

⁴ Sobre la responsabilidad de los administradores, el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 recogen los supuestos en materia mercantil.

⁵ CASTRO MARQUINA, Gonzalo: La necesidad del Derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho. p. 148.

⁶ Algunas de estas críticas expuestas en: HASSEMER, Winfried: Rasgos y crisis del Derecho penal Moderno. pp. 235-246.

⁷ FERRAJOLI, Luigi: Derecho y Razón. p. 103-105.

⁸ HASSEMER, Winfried: Rasgos y crisis del Derecho penal Moderno. pp. 248-249.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: Derecho penal económico. Lineamientos de política penal. p. 18.

manifestaciones del delito que tutele con fuerza los derechos individuales y colectivos, pues es bien sabido que la influencia del sector privado tiene enormes repercusiones (en ocasiones muy lesivas) sobre el orden socio-económico o la economía misma de un país.

Es a partir de la lesividad que caracteriza el delito económico-societario a bienes jurídicos de carácter individual y supraindividual, que el legislador ha tipificado conductas intolerables en el ámbito de las sociedades comerciales orientadas a la tutela de objetos legítimos de protección (el patrimonio y el orden socioeconómico), que constituyen valores e intereses importantes para el desarrollo y funcionamiento de una sociedad, necesitados de una protección reforzada, donde su daño implica la máxima sanción del ordenamiento jurídico que es la pena.

Lo anterior, constituye la línea general de estudio del derecho penal económico¹⁰, que cuenta con algunas particularidades frente al derecho penal clásico o nuclear. Entre ellas, el cambio paradigmático de la noción de delito común a delito económico, cuyo contenido es estrictamente patrimonial, desligándose en parte de la concepción tradicional del Derecho penal sobre su finalidad de salvaguarda de bienes jurídicos personalísimos (ligados directamente con la persona natural) sobre la base de la imputación del resultado del tipo doloso de acción y la visión naturalística del delito. Por lo tanto, abordar el derecho penal económico implica estudiar un derecho penal con características especiales, pues se amplía el espectro de los intereses sociales merecedores de protección y por ende, la dimensión de los bienes jurídicos.

Por lo que se refiere al Derecho penal económico como un resultado de la expansión del Derecho penal, solo es posible comprenderlo en el contexto de la economía globalizada caracterizada por el crecimiento exponencial de las transacciones, cuyo objetivo naturalmente, es la mayor rentabilidad sobre dichas operaciones, lo que permite explicar la aparición e incremento de la corrupción y sus manifestaciones en el sector privado, que persigue también la obtención o maximización de beneficios pero al margen de ley; fenómeno que solo puede ser combatido en el plano estructural¹¹, y en esa línea, ello implica la implementación de medidas penales.

¹⁰ La sistematización del derecho penal económico y la responsabilidad penal empresarial en estricto sentido ha sido una materia reciente y discutida en América Latina. En el derecho alemán y español, se viene estudiando desde mediados del siglo XX. Asimismo, en el derecho anglosajón se ha venido trabajando desde comienzos del siglo pasado y cuenta con un alto desarrollo bajo lo que se ha denominado *Business Criminal Law*. No obstante, se trata de sistemas jurídicos sustancialmente distintos, que dificultan una articulación dogmática en muchos campos.

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: Corrupción, globalización y derecho penal económico. p. 11.

Para tal efecto, la necesidad dogmática y político-criminal¹² de crear dichas medidas que protejan penalmente los capitales públicos y privados frente a la corrupción como un fenómeno dinámico cuyas manifestaciones varían con el transcurso del tiempo, haciéndose cada vez más sofisticadas y difíciles de descubrir¹³, ha dado lugar a la aparición en Colombia de delitos como la administración desleal; figura de influencia española que ya guardaba alguna similitud con la protección del patrimonio ajeno amparado bajo el tipo penal de malversación y dilapidación de bienes familiares, evidentemente con el abuso de confianza y la estafa, y en algún modo con el peculado; buscándose ahora trasladar la protección del bien jurídico al ámbito empresarial-societario bajo criterios especiales de imputación¹⁴ y responsabilidad penal.

Es evidente que la corrupción tanto del sector público como del privado, ha venido evolucionando como un problema alarmante que merece atención, no pudiéndose dejar de lado aquellos delitos que se cometen al interior de las empresas privadas, surgiendo así, el concepto de corrupción privada que en muchas ocasiones es el germen de la corrupción pública, pues la corrupción entre particulares tiene consecuencias que trascienden los intereses privados y adquieren una dimensión institucional-colectiva¹⁵.

El artículo 17 de La Ley 1474 de 2011 modificó el Código Penal, adicionando los delitos de corrupción privada y administración desleal en el Título VII de la Parte Especial. Se examinará el segundo, particularmente en lo que concierne a las conductas que describe, y algunas de sus dificultades interpretativas frente al abuso de confianza y la estafa, pues poseen rasgos muy similares al tipo penal que se estudia, siendo conveniente diferenciarlos.

Los actos de gestión desleal societaria que dolosamente causaran un perjuicio patrimonial previo a la expedición de la ley, se encuadraban dentro de los supuestos de hecho de los delitos de abuso de confianza y estafa. Sin embargo, debido a que en muchos casos resultaba difícil probar la apropiación directa o el engaño

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013. p. 431.

¹³ Exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011.

¹⁴ Aunque debe señalarse que, al referirse a criterios especiales de imputación en el Derecho penal económico, aquello no significa necesariamente la aplicación de una teoría especial o diferenciada de la imputación objetiva del resultado, sino de la extensión de la teoría general de la imputación objetiva a los delitos socioeconómicos como “teoría global sobre la normativización de la tipicidad”, donde los problemas específicos de estos delitos deberán ser canalizados a través de la misma, lo que implica naturalmente, que las categorías dogmáticas deban ser acopladas a la realidad socioeconómica. Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo: Cuestiones actuales de Derecho penal económico. p. 205-206.

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María: Corrupción, globalización y derecho penal económico. p. 12.

precedente, pero si la malversación de los recursos¹⁶ del patrimonio ajeno, es ahora un tipo penal autónomo. El legislador colombiano consideró que la conducta de disposición fraudulenta de bienes no se ajustaba satisfactoriamente a las figuras de los artículos 246 y 249, de manera que muchas de las lesiones al patrimonio económico quedaban impunes por no cumplirse los requisitos objetivos. Como consecuencia, se creó un tipo independiente de administración desleal tendiente a combatir y prevenir esta modalidad delictiva propia de la criminalidad empresarial. Ahora, un concurso aparente entre tipos penales deberá resolverse mediante el principio de especialidad normativa.

Es entonces la administración desleal, un delito económico especial encaminado a la protección del patrimonio económico sustentado en un deber jurídico general de diligencia y lealtad, que se concreta en la obligación a cargo del administrador de gestionar lealmente los recursos de la sociedad, en el marco de una relación de protección respecto del patrimonio administrado. El administrador o directivo, como se abordará a lo largo de este estudio en virtud de su cargo posee deberes fiduciarios (cuyo contenido está compuesto por la diligencia y lealtad hacia los socios), debiendo en todo caso, velar por los intereses de estos, lo que implica la gestión de la empresa y el manejo de sus bienes siempre conforme a sus fines, y que de no hacerlo, irrogándose un perjuicio patrimonial a la sociedad en extralimitación de sus funciones, configura el delito.

El acto desleal bien puede materializarse en una decisión perjudicial para los bienes de la sociedad o en la disposición fraudulenta de los bienes de esta, siendo en este segundo punto donde se plantea la discusión con el abuso de confianza, pues el abuso de confianza también plantea un supuesto de infracción de un deber y disposición de bienes, pero entendido como apropiación definitiva de los mismos sin el ánimo de entregar o devolver.

Para delimitar los deberes del administrador se deberán considerar normas jurídicas extrapenales, que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, pero resultan indispensables al momento de definir los deberes, funciones y los límites del administrador, que, actuando fuera de estos límites, incurriría en el delito; que con frecuencia va acompañado de otros delitos conexos¹⁷ o incluso se trataría de un instrumento para la comisión de otros ilícitos también de naturaleza económica como el alzamiento de bienes, corrupción privada, falsedades contables, el abuso de confianza o la estafa, de allí que tal vez pueda considerarse la administración desleal como el delito económico por excelencia de nuestro tiempo¹⁸.

¹⁶ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. y OSPINA PERDOMO, Juanita: Derecho penal societario. p. 115.

¹⁷ MARTINEZ-BUJAN, Carlos: Administración fraudulenta en sociedades de inversión. p. 35.

¹⁸ RIGHI, Esteban: Administración desleal y corrupción: Revista internacional Transparencia e Integridad. N° 5 septiembre-diciembre 2017. p. 4.

CAPITULO I

1.1. ANTECEDENTES DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL: HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

La historia de los delitos comúnmente se ha dado por sentada en los trabajos de dogmática jurídico-penal, porque suele considerarse irrelevante a la hora de evaluar la estructura normativa del tipo. Sin embargo, para efectos de este trabajo se considera imprescindible situar el marco histórico-legislativo del delito en mención, pues aquello permite comprender la naturaleza del delito y que es lo que verdaderamente se pretende o se ha querido proteger.

El derecho es una ciencia variable que va transformándose y adaptándose de acuerdo a necesidades socio-económicas y culturales concretas, las soluciones a esas carencias se buscan construir a partir de las lagunas que va dejando la historia en contextos específicos, pues en una sociedad cambiante, también se transforma el derecho penal¹⁹. Bien lo expresa Sainz Cantero: “el instrumento histórico tiene poderoso valor en la interpretación de la norma porque el fenómeno jurídico es de naturaleza histórica, en el sentido de que por referirse a la conducta humana está íntimamente ligado lo que ha sucedido en épocas anteriores”²⁰.

La necesidad de esquematizar de manera general la evolución de la administración desleal del patrimonio, se articula también con la naturaleza crítica de este trabajo, poniendo de relieve la necesidad de estudiar y analizar la realidad jurídica propia, y así evitar el trasplante acrítico de figuras de otros ordenamientos, para encaminar políticas legislativas que permitan realmente contener las formas delictuales, objeto que solo es posible diseñando políticas criminales que tengan en cuenta el espacio, modo y tiempo en concreto, o si se quiere, la realidad social.

La gestión desleal del patrimonio ajeno ha sido una práctica sancionada en los ordenamientos jurídicos desde la antigüedad, recogida tanto en las tradiciones de corte anglosajón como en el nuestro, de corte continental, de manera que aquí se presenta una síntesis de la evolución legislativa e interpretación histórica alrededor del delito de administración desleal.

Cabe precisar que, previo al siglo XIX²¹ no se hallaba una sistemática del tipo de administración desleal societaria, del cual parte este estudio, sino una variedad aislada de normas que proscribían las conductas que en la actualidad fueron

¹⁹ KINDAHAÜSER, Urs: Derecho penal de la seguridad. Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo. p. 13.

²⁰ SAINZ CANTERO, J.A citado por: FARALDO CABANA, Patricia: Los delitos societarios. p. 369.

²¹ Aunque cabría pensar que la sistematización de un derecho penal económico se origina a partir de la crisis de 1929 o La Gran Depresión que tuvo como epicentros a Europa y a Estados Unidos, sobre estas cuestiones véase. MARICHAL SALINAS, Carlos: Nueva Historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 19873-2008. pp. 85 y ss.

contribuyendo a la construcción del concepto de administración desleal de hoy en día, a la par que el de figuras más tradicionales como el abuso de confianza y la estafa, mediante las cuales se protegía de forma general y amplia, la propiedad²². Por lo anterior, no es posible hallar un origen de la administración desleal en la anterior a la época referida, pues como lo expresa el catedrático de la Escuela de Frankfurt, Wolfgang Naucke al decir que “la concepción de una administración fraudulenta punible en el tráfico de los negocios nace simultáneamente con los procesos económicos”²³ y, bajo esa óptica solo es posible encontrar algunas normas penales antiguas que favorecieron la elaboración actual del concepto, como en el antiguo Derecho romano según se describe a continuación.

Es posible encontrar algunos antecedentes aislados en la legislación romana, que preveía el *furtum* y *peculatus*²⁴, si bien el primero hace referencia al que hoy se conoce como hurto, la tradición romana contemplaba una diferenciación conceptual relevante entre la sustracción básica material del objeto (*furtum rei*) y la apropiación o el “atraer hacia si” (*contrectatio*), que permitía abarcar otras modalidades de apoderamiento (*furtum usus, furtum possessionis*)²⁵ que eventualmente las cobijaría el abuso de confianza, y que posteriormente en Europa²⁶ por los vacíos que se comienza a presentar frente a otras conductas irregulares de apropiación con ocasión de los inicios de la sociedad industrial, se comienza a pensar en un tipo penal que abarque específicamente la gestión desleal del patrimonio ajeno en aquellos casos en los que había malversación de recursos pero no apropiación en estricto sentido de los bienes .

Otro importante antecedente devenido de Roma es el *peculatus* o peculado que, si bien se contempla en la actualidad dentro de los delitos contra la administración pública, se trataba al igual que hoy de una malversación de los caudales públicos en manos de un funcionario del estado. En la actualidad con la administración desleal se busca trasladar esa misma problemática de la malversación de recursos públicos como fenómeno de corrupción al ámbito privado. Pues si bien la conducta

²² BERNATE OCHOA, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ: Administración desleal y corrupción privada. p. 605.

²³ NAUCKE, Wolfgang: El concepto de delito económico-político: una aproximación. p. 90. Piénsese como ejemplos el *New Deal* o el escándalo de *Watergate*.

²⁴ BERNATE OCHOA, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ: Administración desleal y corrupción privada. p. 605.

²⁵ TERRASA GARCIA, Antonio J: De la apropiación indebida a la administración desleal. pp. 381-409

²⁶ Por ejemplo, en España en los proyectos de Código Criminal de 1830 y 1834 bajo la modalidad de fraude por abuso de confianza, se tipificaron una serie de conductas constitutivas de lo que sería hoy la administración desleal de patrimonio ajeno, aunque no en concreto la administración desleal societaria. Si bien fueron textos que nunca entraron en vigor, se comienza a reflejar la preocupación doctrinal por punir este tipo de conductas. FARALDO CABANA, Patricia: Los delitos societarios. p. 370.

de malversación de recursos, se ha entendido como hurto o apropiación indebida, es en realidad una modalidad de administración desleal.²⁷

Entrada la época contemporánea, algo después de mediados del siglo XIX en Francia se promulgó la Ley de 24 de julio de 1867, pieza legislativa y pionera en imposición de obligaciones con relación a las cuentas contables y su publicidad en sociedades comerciales, un antecedente que iría a marcando los primeros pasos en la construcción del derecho penal societario²⁸.

El derecho francés incorporó el *abus des biens sociaux* en el *Code de Commerce*, los artículos L 241-3 para sociedades de responsabilidad limitada y L 242-6 para sociedades anónimas, describiendo una serie de normas sancionatorias que han sido fuente de inspiración en la construcción de los tipos penales de administración desleal de la actualidad, donde se castiga a los órganos societarios que hagan uso de los bienes y créditos de la sociedad o de sus facultades a sabiendas de que sus actuaciones son contrarias a los intereses sociales²⁹, aquello es castigado con pena de prisión y sanción pecuniaria:

“Artículo L 241-3 –sociedad de responsabilidad limitada–

Se sanciona con pena de prisión de cinco años y una multa de \$375.000 euros:

Los gerentes que, de mala fe, dispongan de los bienes o del crédito de la empresa conociendo que es contrario a los intereses de ésta, para fines personales o para favorecer a otra sociedad o empresa en la que tengan intereses directos o indirectos” (traducción propia)

“Artículo L 242-6 –sociedad anónima–

Se sanciona con pena de prisión de cinco años y una multa de \$375.000 euros:

El presidente, director o directores generales de una sociedad anónima que de mala fe hagan uso de los poderes que poseen o de la voz que disponen en su condición de tales, un uso que conocen es contrario a los intereses de la empresa para fines personales o para favorecer a otra empresa o empresa en la que tengan intereses directos o indirectos.” (traducción propia)

Por otra parte, y siguiendo esa misma línea, el artículo 2634 del Libro V, Título XI del *Codice Civile* italiano de 1942 (reformado en 2002) sobre infidelidad patrimonial –*infedeltà patrimoniale*–, que impone consecuencias penales, reza así:

“Los administradores, directores generales y liquidadores, quienes, teniendo un interés que entra en conflicto con el de la empresa, a fin de obtener un beneficio injusto u otra ventaja para ellos mismos o para otros, realicen o contribuyen a actos deliberados de

²⁷ CARRAU MELLADO, Juan: La malversación. p. 411.

²⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a: Derecho penal de la empresa. p. 76.

²⁹ BERNATE OCHOA, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ: Administración desleal y corrupción privada. p. 605.

disposición de bienes sociales, causando intencionalmente a la empresa un daño material, son castigados con prisión de seis meses a tres años.” (traducción propia)

El artículo 295³⁰ derogado del Código Penal español seguía los modelos anteriores de Italia y Francia sobre administración desleal, pero recientemente con la reforma introducida por la Ley Orgánica de marzo 01 de 2015 se modificó sustancialmente el delito, pasando de ser un delito societario a ser un delito exclusivamente patrimonial, consignado ahora en el artículo 252 en el capítulo VI de las defraudaciones, y en cuanto a su redacción muy semejante al *Untreue* del §266 del *StGB* —Código Penal alemán—, que remonta su redacción actual al inicio del régimen nacionalsocialista en la *Strafrechtsnovelle* del 26 de mayo de 1933³¹, y se considera tal vez el arquetipo u origen de la administración desleal en el sentido moderno, y a su vez ha sido el modelo adoptado por países como Austria, Suiza, Portugal, Grecia, los países escandinavos y recientemente España con la polémica reforma penal del año 2015³².

La reforma en España surgió como respuesta a los clamores de la doctrina sobre la necesidad de un tipo penal que no solo se circunscribiera o limitara al ámbito societario y, por el contrario abarcara supuestos genéricos de administración desleal, toda vez que estas conductas no solo se producían en el seno de las sociedades comerciales³³ y de igual forma solucionar la compleja relación que existía con el abuso de confianza, tal como ha operado en Alemania, pues el *Untreue*³⁴ —o infidelidad—, que consagra dos modalidades de gestión desleal de patrimonio bastante generales y amplias, ha generado controversias desde el siglo XIX tanto en sede de constitucionalidad como en el plano dogmático, pues se

³⁰ “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.

³¹ Con la Ley alemana del 26 de mayo de 1933, se buscó la polémica indeterminación del § 266 *StGB* para imponer ampliamente en el Derecho penal patrimonial la concepción de delito como “ruptura de la fidelidad con la comunidad”, dotándose al tipo de una naturaleza político-económica, amparada en principios del nacionalsocialismo. Cfr. NAUCKE, Wolfgang: El concepto de delito económico-político: una aproximación. p. 91.

³² SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 486.

³³ MOYA JIMENEZ, Antonio: La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. p.146.

³⁴ § 266. Abuso de confianza (1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; (2) o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello infrinja desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Traducción de: LOPEZ DIAZ, Claudia: Código Penal alemán (StGB). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

afirmaba que iba en contravía al principio de legalidad –*nullum crimen, nulle poena, sine praevia lege*– del §1 del StGB.

No obstante, su constitucionalidad se ha declarado preservada entendiendo que aquel artículo no debe entenderse en un sentido determinado sino determinable, siendo objeto de altos condicionamientos constitucionales y juiciosos estudios dogmáticos que limitan su alcance.

Debe tenerse en cuenta que, el tipo penal alemán abarca en el primer inciso *el abuso de facultades conferidas* y en el segundo inciso *la infidelidad respecto al patrimonio*. La administración desleal en el derecho alemán se circunscribe a los dos tipos que se conocerían en Colombia como abuso de confianza (*Missbrauchstatbestand*) y administración desleal (*Treubruchstatbestand*)³⁵.

El tipo penal alemán sanciona a aquel sujeto que, abusando de las facultades otorgadas por ley, contrato o mandato ocasione un perjuicio económico al patrimonio ajeno; y también al administrador que vulnera el patrimonio económico en virtud de un deber de fidelidad.

Este segundo inciso del §266 alemán, fue precisamente lo que dio lugar a los cuestionamientos frente al principio de legalidad, pues consagrar una violación a un deber genérico de fidelidad fue considerado como lo indeterminado de la norma; no obstante, la principal virtud de la ciencia penal alemana ha sido determinar la *ratio legis* de los tipos penales a partir de la ley positiva, sugiriendo soluciones y señalando sus límites con un alto grado de elaboración conceptual³⁶, de allí que pueda elogiarse el equilibrio y armonía propios de la ciencia jurídico penal alemana.

En Colombia³⁷, no se vino a contemplar el delito societario de administración desleal hasta la expedición de la Ley 1474 de 2011, no obstante, es posible hallar algunos antecedentes relevantes en el Código Penal de 1936 respecto a delitos económicos, pues fue allí donde por primera vez se incluyó un capítulo de delitos destinados a la salvaguarda del orden socioeconómico en el Título IX, denominado Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio. Posteriormente el Código Penal de 1980 que reemplazaba el anterior estatuto, incluyó un estudio más exhaustivo en materia de delincuencia socioeconómica. Sin embargo, no fue suficiente para contener la grave crisis financiera que se desencadenó en los años 80', fruto de

³⁵ Los países de tradición continental que conciben en la actualidad un tipo genérico de administración desleal de doble estructura o de abuso de poderes manifestados al contraer obligaciones excesivas tanto para el mandante como para la gestión desleal se puede ver en: El § 266 StGB alemán, el §153 StGB austriaco, el art. 159 del CP suizo y el art. 224 del CP portugués. BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. p. 424.

³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? pp. 140-161.

³⁷ Sobre la evolución del derecho penal económico en Colombia, véase: HERNANDEZ QUINTERO, Hernando A: Derecho Penal Económico de coyuntura: Análisis Desde la Legislación Colombiana" pp. 24 – 47.

prácticas fraudulentas en el mercado de valores y en el sistema bancario, y que como consecuencia fueron elevadas a delitos, medidas que hasta ese momento eran consagradas como infracciones administrativas.

Con la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, se reagruparon los delitos económicos, diferenciando los delitos contra el patrimonio económico y el orden socioeconómico; fueron creados nuevos tipos penales y fue mejorada la redacción de otros.

Casos como los de D.R.F.E y DMG en el 2008, Interbolsa, Estraval e Inassa recientemente, han puesto de presente la dañosidad de la delincuencia económica, la corrupción privada y, asimismo, la imprecisión que ofrecían algunos de los tipos penales del Código Penal para frenar los efectos lesivos de aquellos comportamientos que han ocasionado a la fecha miles de millones en pérdidas.

Las modernas manifestaciones de la criminalidad económica en el país, propiciaron algunas de las modificaciones de la Ley 1474 de 2011 ideada para fortalecer la Ley 190 de 1995 (anterior Estatuto Anticorrupción) y crear nuevos mecanismos de prevención y sanción a los actos de corrupción. Mediante el artículo 17 de dicha ley se introdujo en el artículo 250B del CP el delito de administración desleal, que con ocasión de la modernización del sistema económico y financiero del país, la legislación penal iba quedando rezagada a la evolución que venía consolidándose en los mercados y esquema societario, sobre todo en materia de protección de intereses de accionistas y acreedores, enfrentándose aquellas cuestiones a través de los delitos contra el patrimonio económico del Código Penal, que no siempre resultaban acordes, por lo que eran objeto de múltiples reinterpretaciones en aras de salvaguardar dichos intereses³⁸.

De esta manera aparece la administración desleal como un delito que reviste la suficiente importancia político-criminal como un tipo penal encaminado a la prevención y sanción de la delincuencia empresarial, pese a que aún se encuentra en los albores de la legislación y jurisprudencia en el país, pero con un extenso desarrollo en el Derecho comparado.

Algunos autores³⁹ sitúan como antecedente legislativo de la administración desleal, la tipificación del artículo 236 del Código Penal sobre malversación y dilapidación de bienes familiares, pues contiene características comunes con la administración desleal, en el sentido en que ambos son delitos especiales y contemplan un perjuicio económico en virtud de un deber de fidelidad que debe observarse respecto a un patrimonio ajeno, como también podría serlo el peculado del artículo 397 del CP.

³⁸ SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 483-484.

³⁹ SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: *Ibíd.*, p. 487; ESCOBAR LOPEZ, Edgar: Delitos contra el patrimonio económico. p. 439.

Hay que mencionar también, que el abuso de confianza, la estafa o incluso el hurto agravado por la confianza serían también considerados antecedentes, no obstante, la similitud que se pone de relieve entre la administración desleal y la malversación y dilapidación de bienes familiares, indica que ambos designan un sujeto activo calificado; para el caso del patrimonio familiar se determina que aquel sujeto –que tiene la patria potestad, tutela o curatela– a quien por ley se le han conferido facultades para administrar un patrimonio ajeno –de ascendiente, adoptante, cónyuge o compañero permanente– realiza actos en detrimento de los intereses del titular de dicho patrimonio, circunstancias que reflejan una estrecha similitud con la administración desleal del ámbito societario.

El delito del artículo 250B es fruto de un trasplante jurídico al igual que muchas otras figuras del ordenamiento, siendo una reproducción casi idéntica del derogado artículo 295 del CP español de 1995. Aunque con algunos matices, este sigue la misma corriente en torno a sancionar exclusivamente la infidelidad o gestión desleal de patrimonio societario en los mismos supuestos. Sin embargo, y como afirman los profesores Bernate Ochoa y Virguez Álvarez⁴⁰, su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano obedece más que a cuestiones dogmáticas, a otras de político criminal, que se estima fueron posiblemente un resultado de valoraciones coyunturales⁴¹, y no de un análisis juicioso, y que quizás por ello el tipo penal adolece de algunas lagunas indeseables desde una correcta política criminal, que serán analizadas en líneas posteriores.

Pero lo que es cierto, es que la actualidad ha dado cuenta de una verdadera necesidad de represión a las tipologías delictivas en el ámbito empresarial. La globalización y el sistema económico constatan la vigencia del Derecho penal hoy más que nunca frente a la realidad socioeconómica (en el marco del respeto a las garantías del Derecho penal, por supuesto), por lo que se ha hecho necesaria su legitimación, tal como se verá a continuación.

1.2 FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL: LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL COMO DELITO SOCIETARIO

1.2.1.1. BREVES PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

La dogmática penal ha logrado un nivel de desarrollo importante, donde se ha avanzado y superado muchos de los problemas metodológicos clásicos que han planteado el derecho penal y la teoría jurídica del delito. Sin embargo, quedan al margen diversas cuestiones relativas a la modernización del Derecho penal y su

⁴⁰ BERNATE OCHOA, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ: Administración desleal y corrupción privada. p. 609

⁴¹ HERNANDEZ QUINTERO, Hernando A: Derecho Penal Económico de coyuntura: Análisis Desde la Legislación Colombiana" En: Revista De La Academia Colombiana De Jurisprudencia, 2002, p.24 – 47.

parte especial, por lo que la misma ciencia penal ha migrado a otros ámbitos de estudio, ya sea por necesidad dogmática, significación práctica o relevancia social, siendo uno de ellos, el derecho penal económico, dentro del cual a su vez se desprende el derecho penal de la empresa y el conjunto de delitos societarios.

El derecho penal económico puede considerarse en palabras de Schünemann como un tema actual e imperecedero; importante hoy y mañana⁴².

Su vigencia se fundamenta en la medida en que los delitos económicos, plantean cuestiones de técnica y de deberes jurídicos extrapenales⁴³, que han ido requiriendo una actualización incesante de la dogmática, en contraposición a lo que podría pensarse frente a los impulsos o pasiones que caracterizan a los delitos clásicos que atentan contra bienes jurídicos personalísimos; donde el concepto de delito contra el patrimonio económico trasciende su significado tradicional, adoptando un alto grado de tecnicismo y específica concreción. En palabras de Jaén Vallejo: “Junto a la denominada delincuencia clásica, referida a objetos perceptibles sensorialmente como es el caso de los delitos de asesinato, homicidio, lesiones, robo, etc., llamados delitos visibles, han ido surgiendo a lo largo del tiempo nuevas conductas delictivas, entre las que, sin duda, las que mayor importancia tienen son las relacionadas con el llamado Derecho penal económico”⁴⁴.

Sin embargo, previo a iniciar las cuestiones de las que trata este segmento, se considera necesario precisar algunos conceptos, necesarios para la cabal comprensión de este estudio. Si bien, se ha hablado hasta ahora, de derecho penal económico, delitos económicos, derecho penal de la empresa y delitos societarios, casi indistintamente, conviene precisar sus definiciones de manera sucinta.

En palabras del profesor español Bajo Fernández, la definición clásica del derecho penal económico se entiende como un conjunto armonizado de normas destinado a proteger el orden económico estatal, cuyo objeto, a su vez, es: la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios⁴⁵. Dentro de esta elemental, pero precisa definición se ha estructurado lo que se ha llamado *criminalidad de la empresa*⁴⁶, no obstante, el delito que ocupa la atención de este

⁴² SCHUNEMANN, Bernd: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio: Tecnos: Madrid, 2002. p. 9.

⁴³ Bien lo explica el jurista italiano Massimo Donini en referencia al derecho penal económico, pues los delitos socioeconómicos reenvían a muchas fuentes extrapenales a través de normas penales en blanco o elementos normativos para determinar las conductas relevantes, como se verá a partir del segundo capítulo. Cfr. DONINI, Massimo: ¿Una nueva edad media penal? p. 203-204.

⁴⁴ JAEN VALLEJO. Manuel: Derecho penal y sociedad moderna. p. 115.

⁴⁵ BAJO FERNANDEZ, Miguel citado en: SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. p. 49.

⁴⁶ Término acuñado por SCHUNEMANN, BERND: Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. p. 531. Designa “el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos

trabajo, versa sobre la *criminalidad en la empresa* que supone el estudio sistemático de los delitos que se cometen al interior y contra las empresas privadas (la empresa como objeto de la agresión), agrupados a su vez dentro del denominado derecho penal de la empresa⁴⁷, que comprende las conductas criminales realizadas desde y a través de las organizaciones empresariales.⁴⁸

Debe resaltarse que este estudio solo se ocupará de una pequeña parcela dentro de dicha rama, el delito societario de administración desleal, que en un sentido amplio y en común con otras formas de los delitos societarios, podría definirse como el conjunto de hechos delictivos ejecutados en el marco de sociedades mercantiles, siendo sus autores, sujetos que desempeñan tareas de administración, o poseen una especial situación de preeminencia en el seno de la sociedad⁴⁹.

Cabe decir en principio, que se trata de ilícitos cuya naturaleza socioeconómica atenta contra un bien jurídico mediato, el patrimonio de los sujetos pasivos, y en algún caso se podrá afirmar que se afecta un bien jurídico diferente, de naturaleza supraindividual como el orden socioeconómico⁵⁰. En otras palabras, el delito societario lesiona en primer término intereses patrimoniales y solo en segundo lugar el orden socioeconómico⁵¹ (No obstante, como se verá en el capítulo II, el panorama del bien jurídico en Colombia no parece tan claro, pues se ubica en los delitos contra el patrimonio económico sumado a que la norma no parece diferenciar el patrimonio social del individual de cada asociado).

En consecuencia, el delito económico será entonces, de forma genérica, todo delito que posea una significación o valoración económica⁵² y lesiona o pone en peligro el orden socioeconómico.

El delito societario como concepto, no se contempla *stricto sensu* en la legislación penal colombiana a diferencia de España; allí existe un capítulo exclusivo para delitos societarios en el Título XIII, y si bien fue retirada la administración desleal de

e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.”

⁴⁷ La empresa es, ante todo, una realidad caracterizada por su función económica: producción, distribución y prestación de servicios. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a: Derecho penal de la empresa. p. 13.

⁴⁸ ABELLO GUAL, Jorge Arturo: Derecho penal empresarial. p. 67.

⁴⁹ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. p. 432.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 432; Tiedemann señala que estas figuras penales se dirigen primordialmente a la protección del patrimonio de los titulares individuales, y solo en casos particulares importan, de modo incidental y auxiliar la protección de intereses patrimoniales supraindividuales como los del fisco, los bancos, las compañías aseguradoras, las sociedades comerciales, etc. TIEDEMANN, Klaus: El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico. p. 66.

⁵¹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. y OSPINA PERDOMO, Juanita. Derecho penal societario. p. 3.

⁵² JAEN VALLEJO. Manuel: Derecho penal y sociedad moderna. p. 117.

su contenido, subsiste un apartado orientado a las formas delictuales específicas en el marco de las sociedades comerciales, cuestión que algunos doctrinantes han considerado desafortunada, pues debió conservarse también un tipo de administración desleal exclusivo para el sector societario⁵³.

En Colombia, el delito de administración desleal ha sido formalmente entendido por la doctrina y por la jurisprudencia como un delito contra el patrimonio económico, y aunque autores como Suarez Sánchez⁵⁴ consideran que en Colombia no puede hablarse en rigor de la categoría de delitos societarios por no existir en el Código Penal un capítulo exclusivamente destinado a este tipo de ilícitos orientados a la tutela del funcionamiento del sistema societario, nada obsta para que desde el punto de vista metodológico se entienda la administración desleal como uno de los delitos paradigmáticos cometidos en el seno de las sociedades comerciales y por ende, hablar de delito societario, como lo plantea Rodríguez Mourullo⁵⁵:

“A diferencia de lo que constituye la regla del Código en la titulación de los capítulos, en este lo societario no define el objeto de ataque de los delitos que incluye sino un ámbito de referencia delictiva que va a indicar el instrumento de comisión del delito, el área de comisión o uno de los rasgos que identifica a los sujetos pasivos del delito”.

Si bien entender la administración desleal como delito societario o contra el patrimonio económico, es apenas una cuestión terminológica, ello apunta a fijar un marco conceptual que permite situar el contexto en el que se desarrolla el delito, pues en todo caso se entiende que lo que se tutela es el patrimonio económico en el ámbito propio de las sociedades comerciales.

1.2.1.2. EL DERECHO PENAL EN LA EMPRESA

El sector económico-empresarial compuesto en gran medida por estructuras societarias, se ha manifestado escéptico frente a la intervención del poder punitivo en un sector que ha sido caracterizado por las clásicas ideas liberales de decisión, de iniciativa o asociación, desligado aparentemente de cuestiones criminales. Dicho escepticismo se ha manifestado en la medida en que ha existido el sistema de la responsabilidad civil o las acciones de índole mercantil –acción social o individual– para solventar los problemas que surgen en el seno de las empresas y

⁵³ Sobre esto, expresaba Bacigalupo en su momento: “la incorrecta limitación de la administración desleal al ámbito de la gestión y administración societaria cuando en verdad se trata de un delito referente, en general, a toda administración de un patrimonio ajeno”. BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. pp. 416-417.

En Colombia los profesores Sintura Varela y Bernate Ochoa, también expresan su inconformidad aduciendo que quedan desamparados de protección penal otras formas de administración de patrimonios ajenos, lo cual hubiera resultado deseable que se incluyeran. SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 483-484.

⁵⁴ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 399.

⁵⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Estudios de Derecho penal económico. p. 45-46.

en desarrollo de sus funciones, considerándose excesivo el tratamiento penal hacia esta clase de actividades, pues se dice que ya tienen su específico régimen de solución jurídica,⁵⁶ y en extraordinarias circunstancias podría considerarse al empresario como delincuente.

Se ha tratado, en efecto, de circunstancias dignas de intervención penal como bien lo expone Righi⁵⁷:

“Mientras en el pasado, las crisis financieras del capitalismo fueron consideradas una consecuencia estructural del sistema, por lo que no se formulaban imputaciones personales, la situación cambió a principios de este siglo ante la reiteración de reclamos de responsabilidades individuales, lo que determinó que se las considerara una característica propia de la crisis. El escenario más conocido estuvo dado por las operaciones especulativas realizadas por los bancos, que compraron lo que se denominaron títulos tóxicos, pues expresaban valores basados en hipotecas que no respondían a la realidad”.

Lo anterior, refleja sin duda, la aparición de la denominada criminalidad de cuello blanco –*white collar crime*–, término acuñado y desarrollado por Edwin Sutherland en su teoría de la asociación diferencial⁵⁸, que alude a una serie de delitos realizados por personas de elevada posición social que en ejercicio de un poder económico o político les garantiza muy probablemente impunidad⁵⁹. Explica Bustos:

“El desarrollo de la teoría de la asociación diferencial que hizo Sutherland, permitió concluir que el comportamiento criminal era siempre un comportamiento aprendido y que, por tanto, estaba en relación con la estructura y los valores de cada grupo social. De ese modo se acuñó el término de delincuencia de cuello blanco o como hoy se prefiere decir, delitos de los poderosos, que implica el rechazo a la concepción naturalista y evolucionista vulgar de la criminalidad –radicada según ella en estratos inferiores de bajo desarrollo–⁶⁰.

La cuestión criminológica –la índole particularmente cerebral y reflexiva– del delincuente económico ha suscitado especial interés, pues aquel calcula de antemano, fríamente, todas las contingencias de su actividad, incluyendo entre la magnitud de las sanciones penales de las infracciones en que puede incurrir, así como el monto de los beneficios que de ellas obtendrá⁶¹. Esta idea remonta su

⁵⁶ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos: Derecho Penal Económico. p. 157.

⁵⁷ RIGHI, Esteban: Administración desleal y corrupción. p. 4.

⁵⁸ SUTHERLAND, Edwin. El delito de cuello blanco, Madrid: La Piqueta, 1999. El criminólogo estadounidense Edwin H. Sutherland quien desarrolló bajo la teoría de asociación diferencial el concepto de delito de cuello blanco (*white collar crime*), que hace referencia a la delincuencia económica como un tipo de delincuencia especial con un alto grado de especialización que permite explicar parcialmente el fundamento criminológico de los delitos societarios.

⁵⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso: Criminología. p. 201.

⁶⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan: Control social y sistema penal. p. 5.

⁶¹ VENTURA GONZALEZ: Nociones generales sobre Derecho penal económico. pp. 26-27.

fundamento en el enfoque económico del trabajo de Gary S. Becker⁶², sobre análisis económico del delito –con especial referencia al delito de cuello blanco–, que adopta el siguiente análisis: una persona comete un delito si la utilidad esperada para el excede la utilidad que podría obtener usando su tiempo y otros recursos en otras actividades.

Es por lo anterior, que si bien, la administración desleal como delito económico se analiza sobre la conducta generadora del resultado dado sus niveles de sofisticación, estriba ahora menos en la personalidad del autor y su pertenencia a la capa social elevada, y más en la especial manera de comisión (*modus operandi*), así como en el objeto de ese comportamiento⁶³.

Cabe destacar que la publicación del insigne trabajo de Sutherland se remonta a 1949, pareciendo dudoso que tuviera en mente las características actuales del delito societario como un delito de cuello blanco, pero esta categorización significó un importante avance en el estudio criminológico de estos delitos y es sin duda, su origen conceptual⁶⁴. En la actualidad se ha utilizado el término de *occupational crime*⁶⁵, como precisión al concepto del delito de cuello blanco, que se adecúa a los comportamientos de la delincuencia societaria, siendo quizás un concepto más restrictivo para los casos de administración desleal.

Frente a este grupo de comportamientos delictivos, el derecho penal está llamado a sancionar con el máximo rigor las irregularidades tipificadas como infracciones graves cometidas en el seno de las sociedades por quienes tienen encomendadas determinadas funciones o participan en las mismas⁶⁶.

La administración desleal se ubica en el ámbito de la delincuencia empresarial, denominada *corrupción privada* –que no debe confundirse con el tipo delictivo del artículo 250^a, también introducido en la Ley 1474 de 2011–, entendida en el sentido

⁶² “The approach taken here follows the economists’ usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities”. BECKER, S. Gary: *Crime and Punishment: An economic approach: Essays in the Economics of Crime and Punishment*. NBER, 1974, p. 9. Disponible en: <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>

⁶³ TIEDEMANN, Klaus: El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 10. p. 60.

⁶⁴ Los delitos de cuello blanco son los antecedentes de los delitos económicos, y, más concretamente, de los delitos societarios. MOYA JIMENEZ, Antonio: *La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*. p.15

⁶⁵ “Any act punishable by law that is committed through opportunity created in the course of an occupation that is legal”. FRIEDRICH, David O: *Occupational crime, occupational deviance, and workplace crime. Sorting out the difference*, London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications-Criminal Justice, Vol: 2 (3) 2002. pp. 245-246. La traducción castellana a la anterior definición sobre el delito ocupacional sería: toda conducta punible por ley perpetrada a través de la creación de una oportunidad en el ejercicio de un cargo legítimo.

⁶⁶ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. p. 1284.

que ofrece De La Cuesta Arzamendi⁶⁷ como: “todo fenómeno de la actividad empresarial mediante el cual un sujeto se vale de su posición de poder para alcanzar fines ilegítimos”.

También se ha admitido la definición con mayor aceptación en la doctrina, que se adecua tanto al sector público como privado, entendiendo la corrupción privada como la violación de un deber posicional efectuada con el objeto de obtener un beneficio extraposicional⁶⁸.

Al mismo tiempo, la administración desleal societaria pertenece al grupo de prácticas aglutinadas dentro del fraude corporativo que describe comportamientos que afectan directamente el funcionamiento de las empresas, e implican el desconocimiento de las reglas básicas del buen gobierno corporativo⁶⁹. Este delito plantea un escenario de corrupción privada, donde los directivos, administradores o representantes legales actúan en beneficio propio o de un tercero, sin que necesariamente exista un soborno o cohecho, sino infidelidad en el cumplimiento de las funciones del cargo⁷⁰, incumplimiento que se funda en el quebranto de un deber jurídico, que será detallado seguidamente.

Y aunque la empresa, por su función de propulsor o principal agente del sistema económico, permanezca caracterizada por la libertad empresarial y el principio liberal de autonomía de la voluntad, debe ser objeto de restricciones que limiten en cierta medida aquella autonomía en aras de evitar la lesión o puesta en peligro de importantes bienes jurídicos, como lo dispone de forma amplia la Constitución Política en sus artículos 333⁷¹ y ss. donde se le asigna al Estado, la doble de condición de intervención y protección.

En esta medida, podría decirse que la Constitución habilita la expansión razonable o necesaria del derecho penal en el ámbito empresarial, porque si bien la empresa es una base de desarrollo fundamental, debe cumplir con obligaciones expresas en

⁶⁷ “Ahora bien, él termino corrupción hace tiempo que rompió los límites de los abusos de poder o irregularidades cometidos en un proceso de decisión (político o administrativo) a cambio de la obtención de una ventaja indebida, para alcanzar ya toda forma de aprovechamiento de una posición publica (o en general, de poder) para fines ilegítimos normalmente de carácter privado”: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: La corrupción ante el derecho y la justicia. pp. 283-284.

⁶⁸ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. y OSPINA PERDOMO, Juanita: Derecho penal societario. p. 88.

⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 10-11.

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 11-12.

⁷¹ “Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

la misma ley, los códigos de gobierno corporativo o los modernos programas de *criminal compliance*⁷², donde el modelo de referencia del deber incumplido pasa de ser del “buen hombre de negocios” a ser basado en el “buen ciudadano corporativo” (*Good corporate citizen*).

Empero, ello no significa que la sanción penal sea un mandato constitucional, sino por el contrario una habilitación que permite al legislador determinar cuál es el medio que resulta más idóneo para la protección de los intereses jurídicos en juego, donde se mantiene el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, debiéndose recurrir previamente a los demás instrumentos de control de los que dispone el ordenamiento jurídico para las agresiones menos relevantes, o insertado dentro de un marco normativo más amplio y adecuado a las relaciones que debe disciplinar, definiendo claramente los límites entre lo lícito y lo ilícito⁷³, lo que responde al concepto de armonización del derecho que propende por la vinculación entre los diferentes sectores jurídicos haciendo compatibles sus diversas disposiciones⁷⁴. El derecho penal como control social se legitima pues –y así debe ser– únicamente para los casos más graves, en que las otras herramientas del ordenamiento jurídico no resulten eficaces. Su legitimidad se justifica en la necesidad de proteger el capital de los inversionistas en las empresas, y para evitar que se produzcan grandes defraudaciones, que pongan en riesgo la existencia de las sociedades comerciales y con ellas la economía regional y nacional⁷⁵. Así Terradillos Basoco: “será necesario, ante todo, constatar que la defensa de los bienes jurídicos constitucionalmente consagrados necesita el recurso al Derecho penal, constatación que exige el análisis de la eficacia protectora del sistema sancionador civil, mercantil y administrativo”⁷⁶.

En concordancia con la Carta Política, la Ley 1474 de 2011 dio un alcance jurídico penal adicional a la actividad económica, al igual que con otros delitos y mecanismos administrativos, introducidos fundamentalmente en ejercicio del control efectivo de la gestión pública.

Debe entenderse el poder punitivo como una prerrogativa estatal dirigida a unos casos concretos y excepcionales, y que si bien la esencia del modelo económico constitucional, se rige por la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre

⁷² “En la actualidad, por obra y gracia de la extensión generalizada de la obligación de contar con programas de *compliance*, es evidente que se ha producido un cambio substancial en la valoración de los delitos societarios. Si se contempla el problema desde la perspectiva de esos programas, es evidente que las conductas que se describen como delitos societarios en el CP son comportamientos incompatibles con una correcta llevanza de la gestión empresarial. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Delitos societarios. p. 237.

⁷³ TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a: Derecho penal de la empresa. pp. 25-26.

⁷⁴ (...) but to produce a harmony of result by deriving the best possible solution in any given area of law, quarrying from the mines of diverse legal systems. GOPALAN, Sandeep: Transitional Commercial Law. The way forward: American University International Law Review, volume 18, no. 4, 2003. p. 809.

⁷⁵ ABELLO GUAL, Jorge Arturo: Derecho penal empresarial. p. 67.

⁷⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a: Derecho penal de la empresa. p. 17.

competencia, debe destacarse como fue dicho anteriormente, que al particular en el ejercicio empresarial se le exige el cumplimiento de un conjunto de obligaciones, a la par que, el estado como participe activo de los procesos económicos ostenta dos funciones, de agente regulador y supervisor de la economía⁷⁷.

En definitiva, la administración desleal como medida de control interno al fenómeno de corrupción, busca frenar los actos de la criminalidad empresarial, aumentando y focalizando el poder punitivo a sectores específicos, como el societario como propone la ley en su exposición de motivos:

“Se consagran nuevas conductas punibles relacionadas con la corrupción en el sector privado, es decir, los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares.

En este sentido, se consagra como nuevo tipo penal la corrupción privada y seguidamente el delito de administración desleal.

El modelo para la consagración de estos delitos es la legislación española, pues en la misma se ha consagrado tradicionalmente el delito de administración desleal desde el Código Penal de 1995, mientras que el delito de corrupción privada está tipificado en la Ley Orgánica 010 de 2010, que reformó la legislación punitiva de ese país”.⁷⁸

1.2.1.3. NECESIDAD DEL TIPO PENAL

La actual tipificación de la administración desleal busca suplir deficiencias legislativas anteriores, concurriendo en ella una necesidad dogmática y político-criminal⁷⁹, en el sentido en que las herramientas que tenía el Código Penal no bastaban para contener las prácticas fraudulentas que venían desarrollándose a lo largo del tiempo en el país. Además, las figuras del abuso de confianza y la estafa no resultaban aplicables a dichas prácticas, si bien el caso DMG y otros fraudes importantes fueron proyectados en su mayoría como estafas en concurso con otros delitos, dieron lugar a que en el país se generara la discusión tanto legislativa como doctrinaria, de crear instrumentos que criminalizaran conductas que implicaran la malversación de fondos en el ámbito societario en detrimento del deber de lealtad hacia los inversionistas.

⁷⁷ SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 484.

⁷⁸ Exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011

⁷⁹ “Cuando alude a la necesidad político-criminal de castigo penal, la doctrina española se refiere a la legitimidad de la intervención en abstracto del Derecho penal para sancionar esta clase de comportamientos, en la medida en que representan un ataque intolerable para un bien jurídico de naturaleza patrimonial individual perfectamente delimitado. Cuando alude a la necesidad dogmática, la doctrina se refiere, en cambio, a la imposibilidad de castigar muchos casos de administración desleal del patrimonio ajeno a través de las figuras delictivas tradicionales (...) MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos: Derecho Penal Económico. p. 268.

Dentro de ese marco, lo destacan Luzón Peña y Roso Cañadillas en referencia a los delitos societarios, y en particular a la administración desleal, donde se atiende a la necesidad dogmática de dar respuesta a una serie de prácticas ilícitas que cuentan con la suficiente entidad de tal forma que las otras ramas del ordenamiento no son suficientes, y de esta forma legitimar la intervención del poder punitivo; se trata de gravísimas infidelidades del administrador, sin engaño previo ni apropiación de bienes, elementos que no se incluyen ni en la estafa ni en la apropiación indebida (en Colombia, en el tipo de abuso de confianza)⁸⁰.

Recientemente casos de desfalco de valores como el de Interbolsa y recientemente el de Estraval por solo mencionar algunos, ponen nuevamente de manifiesto las prácticas especiales de los delitos societarios llevados a cabo en las altas esferas de la empresa por sus directivos, que parecen desligarse del control de los órganos sociales, lesionando así, el patrimonio económico de socios, acreedores y terceros, y que si bien, se trata de ilícitos del sector privado aquellos desplazan consecuencias muy negativas para el orden económico y social del país.

Las ideas expuestas hasta ahora, podrían quizás, verse reflejadas en la idea del derecho penal de dos velocidades –un derecho penal nuclear de primera velocidad, y uno caracterizado por su administrativización de segunda velocidad–, propuesta de solución planteada por Jesús M^a Silva Sánchez⁸¹ al fenómeno de modernización del Derecho penal, pues en principio, podría pensarse que el delito societario y las medidas relativas las formas de criminalidad empresarial parecen encaminadas a suplir deficiencias de la política criminal, y de esta forma, hacer frente a los retos de la sociedad del riesgo bajo los presupuestos de prevención, flexibilización de las sanciones e instituciones jurídico-penales, incremento de tipos en blanco y simbolismo punitivo en aras de obtener un mayor control estatal mediante el cambio de paradigma de la sanción penal que propone el autor.

Aunque como señala Zúñiga Rodríguez⁸², “no debe ser desde el plano de la eficacia y la flexibilidad de la clase de sanción que ha de abordarse la cuestión sino desde la posibilidad de distinguir supuestos de hecho con un desvalor social (o dañosidad social) que puedan justificar la intervención penal”. Y, en este sentido poco se puede objetar de las conductas más graves que lesionan el desarrollo económico de las sociedades, como la administración fraudulenta o desleal⁸³, pues se trata verdaderamente de un injusto penal que justifica la intervención del estado y del derecho penal en la economía.

⁸⁰ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p.5.

⁸¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María: La expansión del Derecho penal. pp. 159-162

⁸² ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura: Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades. p. 5

⁸³ *Ibíd.*, p. 5

Debe agregarse, que la reciente inserción de Colombia en la OCDE y su progresiva incursión en el escenario económico internacional por la vía de tratados de libre comercio, hace ineludible para la realidad económica del país la adopción de medidas necesarias –entre ellas las penales– que garanticen de manera armónica y eficaz los intereses que la actuación de las sociedades comerciales pone en juego en los diferentes niveles del mercado⁸⁴; de esta manera, se vuelve imperante la implementación de buenas prácticas corporativas, mecanismos de transparencia y políticas de lucha contra la corrupción que garanticen el adecuado funcionamiento de las sociedades comerciales, componentes imprescindibles para la economía moderna, que se han venido incorporando en los programas de autorregulación del *compliance* penal, aún novedosos en el escenario jurídico colombiano.

1.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL: CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ALREDEDOR DEL ACTO DE DESLEALTAD

El propósito de esta última parte del primer capítulo obedece a la necesidad de situar en estricto sentido la administración desleal dentro de la disciplina sobre la cual se estructura este estudio, el derecho penal, y para ello es indispensable abordar algunos aspectos de la responsabilidad civil *ex delicto* y algunas de las consecuencias jurídicas de la actuación ilícita.

Debido a las consecuencias patrimoniales que acarrea el delito, se plantean algunas cuestiones metodológicas y distintivas de la responsabilidad penal y civil, pues pareciera que no siempre resultan claros ambos modelos de responsabilidad en el ámbito de la criminalidad económica.

Ese tercer aparte, no pretende en lo absoluto agotar el tema de la responsabilidad, pues sus problemáticas implicarían un estudio exhaustivo similar al aquí presentado; su pretensión se concentra en brindar los fundamentos generales sobre atribución de responsabilidad penal y civil en el marco de la empresa, con especial referencia por supuesto, al delito de administración desleal previo a iniciar el análisis dogmático del capítulo posterior.

Tanto la responsabilidad penal como la civil pueden confluir respecto de un mismo hecho que es a su vez punible y causante de daño⁸⁵; en el caso de la administración desleal ambas responsabilidades se derivan a partir de la causación de un perjuicio económico generado por la actuación (dolosa o imprudente) del administrador, muchas veces materializada en una decisión empresarial generadora del menoscabo patrimonial a la sociedad y a terceras personas; de allí la pertinencia de identificar el modelo de atribución y determinar en qué supuestos debe hablarse de

⁸⁴ SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana p. 485; TERRADILLOS BASOCO. Juan M^a: Derecho penal de la empresa. p. 21.

⁸⁵ GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio: Responsabilidad civil y responsabilidad penal. p. 32.

responsabilidad penal y responsabilidad civil y así delimitar la frontera entre lo que constituye el ilícito penal y el ilícito mercantil; sin perjuicio de que dado el caso puedan concurrir simultáneamente, la acción social o individual de responsabilidad, y el inicio de un proceso penal contra el autor.⁸⁶

Es claro que la comisión de un delito supone la imposición de una pena o medida de seguridad a quien ha sido previamente hallado culpable. No obstante, el hecho delictivo puede dar lugar también a la indemnización de perjuicios, si con ocasión del comportamiento delictivo se han generado perjuicios indemnizables que a su vez puedan ser atribuibles al mismo autor mediante un nexo de causalidad.

Dice al respecto Medina Vergara: “La responsabilidad comercial y civil no excluye otras responsabilidades, incluso en algunos casos puede ser complementaria, como cuando con el delito se ocasiona un daño que debe indemnizarse”.⁸⁷

Lo anterior ha sido regulado expresamente por el legislador en el Código Penal en el artículo 94, que reza: “La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.⁸⁸

En cuanto a la reparación integral de perjuicios, se establece que quien es perjudicado directamente por la conducta punible –el acto de gestión desleal– es titular de la acción indemnizatoria, que en el caso concreto correspondería a la misma sociedad y a sus socios quienes son víctimas del delito. Valiendo aclarar que, dada la tendencia acusatoria del esquema procesal colombiano, y en razón del principio de oportunidad podría dar lugar a la reparación integral de los perjuicios anterior a la sentencia condenatoria, como medida para hacer cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan a su estado anterior, y en lo posible ello permite que se restablezcan los derechos quebrantados de las víctimas al margen de la responsabilidad penal.⁸⁹

Sin embargo, la cuestión que concierne al análisis no gira sobre las circunstancias indemnizatorias, sobre cómo se valoran los perjuicios patrimoniales y

⁸⁶ La Ley 1826 de 2017 dispuso que el delito de administración desleal debe ser surtido dentro del procedimiento penal abreviado, sin ser un delito querrelable, lo que implica que para su persecución puede ser investigado de oficio, empero, la denuncia puede ser realizada por acreedores, Junta Directiva y los mismos socios.

⁸⁷ El autor se refiere a responsabilidad comercial en el sentido en que la atribución de responsabilidad en el plano mercantil tiene su origen en una norma distinta a la del Código Civil, sin embargo, los presupuestos son los mismos. MEDINA VERGARA, Jairo: Responsabilidad comercial de las sociedades y sus vinculados. Bogotá: Temis, 2015. p.8.

⁸⁸ Una síntesis sobre los requisitos de la responsabilidad civil derivada del delito la señala Gómez Arbos: “para que exista responsabilidad civil no es suficiente la comisión de un delito o de una falta, sino que se exige una serie de requisitos que evidencien que se hayan producido daños y perjuicios, tanto para la víctima como para terceros, y que este daño y perjuicio sea valorable económicamente, y por último debe existir una relación de causalidad entre la infracción penal y el perjuicio civil. MOYA JIMENEZ, Antonio: La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas, p.104.

⁸⁹ Cfr. Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Artículo 22.

extrapatrimoniales en un supuesto de administración desleal que pudieran derivar de su comisión o incluso de las competencias jurisdiccionales de la acción civil en el marco del proceso penal, sino de los aspectos internos de la infracción del deber general de lealtad a partir de la extralimitación de las funciones inherentes al cargo, que podría plantear naturalmente dos esquemas de responsabilidad, por esa razón se exponen algunos criterios.

Un primer criterio conceptual que señala el marco jurídico de la actuación respecto al deber de fidelidad del administrador frente a la sociedad, podrá ser, que mientras la conducta no se adecúe en rigor a la descripción típica –principio de legalidad– del artículo 250B, se estará en los supuestos de la Ley 222 de 1995 para las sociedades comerciales del Código de Comercio y la Ley 1258 de 2008 en los casos de Sociedades por Acciones Simplificadas –S.A.S–, en ese caso podrá afirmarse que se está al margen del derecho penal. La administración desleal requiere de una interpretación restrictiva, ciñendo el alcance normativo a la voluntad del legislador, de tal manera que la conducta corresponda a la descripción típica que prevé el tipo, y no interpretar erróneamente conductas afines como administración desleal.

Así las cosas, la inobservancia del deber general de comportamiento de diligencia y lealtad puede dar lugar a consecuencias de naturaleza civil y penal conforme al grado de ilicitud de la conducta, y que si bien no son responsabilidades excluyentes, se trata de responsabilidades independientes con criterios de atribución sustancialmente diferentes.

La responsabilidad jurídica entendida en un sentido amplio podría definirse como aquel sistema de atribución que impone una consecuencia jurídica prevista en el ordenamiento legal a aquel sujeto que lo trasgrede⁹⁰. Esta responsabilidad genérica en el marco de la empresa al igual que en los diferentes escenarios jurídico-sociales, no difiere en cuanto permanece su estructura de silogismo, sin embargo, tomando en consideración que ambos modelos de responsabilidad penal y civil son especiales, la atribución de la consecuencia jurídica se construye a partir de instituciones jurídicas distintas; que dependiendo del contexto y del área normativa en que se presente podrá dirigirse a objetivos de distinta naturaleza⁹¹, bien sea, el castigo como forma de tutela a un interés de relevancia social, la reparación del daño derivado de un hecho dañoso o ambas.

Ahora, dicha naturaleza obedece a categorías elementales pero disimiles como lo son, el delito⁹² en la responsabilidad penal y el concepto de daño en la

⁹⁰ CASTRO CIFUENTES, Marcela: Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización. Tomo III. Bogotá: Temis, 2018, p.19.

⁹¹ MEDINA VERGARA, Jairo: Responsabilidad comercial de las sociedades y sus vinculados. p. 2.

⁹² Si bien el delito puede causar un perjuicio y lo acompaña una indemnización que busca la reparación integral de la víctima, aquel posee una naturaleza diferente respecto a la sanción, en cuanto su principal función es servir de castigo que debe soportar quien es condenado; la indemnización puede surgir como consecuencia del daño derivado del delito, siendo la

responsabilidad civil⁹³. Mientras en el primero para su atribución es necesario un análisis de abstracción científica –teoría del delito–, que sea constatado mediante los juicios de desvalor de injusto y reproche personal al autor; para el segundo se atribuye siguiendo el esquema propio de la responsabilidad civil, tratándose de una actividad profesional como lo son los cargos de director, administrador o representante legal⁹⁴, se trataría de un análisis basado en una responsabilidad subjetiva, pues el factor de atribución radicaría esencialmente en el quebranto al deber general de diligencia y lealtad⁹⁵, consignado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que implica la demostración de una culpa, nexo causal y daño:

“Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. (...)”

Pese a que pueden hallarse referencias o pautas rectoras del comportamiento del administrador en el ordenamiento jurídico, las conductas del administrador se desapruaban en función de los denominados tipos en blanco, en la medida en que son necesarios deberes, normas o parámetros de conducta que consagra la legislación mercantil o en su defecto el contrato de sociedad y los estatutos para lograr identificar o construir el deber específico incumplido⁹⁶, en este caso, el de diligencia y lealtad. Esto es aplicable tanto en el marco de la responsabilidad penal como en la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que al alto directivo de la empresa, al ser un profesional de la actividad le es exigido un estándar determinado de conducta, no hallado precisamente en la ley penal; de ahí que en este caso se afirme que el derecho penal de los negocios está formado por un entramado de normas civiles, mercantiles, administrativas, procesales y penales que pocas veces se cruzan armónicamente⁹⁷.

De manera general, la atribución de responsabilidad en materia civil y penal, es aquella responsabilidad que cabe endilgarle al administrador cuando por acción u

responsabilidad civil un esquema diferente e independiente a la responsabilidad penal, que es predicable únicamente si ha existido daño.

⁹³ Al daño lo une el perjuicio; aquí el daño se entiende como el presupuesto fundamental de la responsabilidad civil. CASTRO CIFUENTES. Marcela: Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización. Tomo III. p. 20. Si bien la administración desleal exige la causación de un perjuicio, no es una categoría principal sobre la cual se estructure la responsabilidad penal, es apenas uno de los elementos normativos del tipo.

⁹⁴ Se hará ulterior referencia sobre los autores y sujetos activos del delito en el capítulo II, al momento de abordar los elementos normativos del tipo.

⁹⁵ La responsabilidad que emana de los incidentes en la actividad empresarial se funda en la inobservancia de deberes fiduciarios de fidelidad y lealtad; cargas a las que se hará alusión al abordar los elementos normativos del delito.

⁹⁶ MEDINA VERGARA, Jairo: Responsabilidad comercial de las sociedades y sus vinculados p. 2.

⁹⁷ GOMEZ BENITEZ citado en: SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. p. 1219.

omisión causa un perjuicio a la sociedad, a los socios o terceros con culpa o dolo (únicamente en el caso penal), según lo dispone el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995:

“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.”

La cuestión fundamental es determinar si el comportamiento delictivo ha originado un daño indemnizable, pues la existencia del delito no configura por sí sola la obligación de reparar, esto deberá ser constatado conforme a los criterios propios de la responsabilidad civil (por tratarse de una extralimitación de funciones, se presume la culpa). Sin embargo, podría afirmarse en principio, que la administración desleal por tratarse de un delito patrimonial, acarrea necesariamente la existencia del daño y la causación de perjuicios valorables en dinero que originan la obligación de reparar en el escenario de la acción indemnizatoria contra el culpable.

Es de resaltar, que el delito como concepto autónomo contiene una categoría valorativa imprescindible que no posee (o requiere) la responsabilidad civil, como la culpabilidad, entendida como el elemento subjetivo del delito consistente en el ejercicio de la libertad de actuación o libertad de la voluntad en la realización del injusto típico⁹⁸.

A grandes rasgos, en el ámbito civil una persona es responsable cuando causa un daño y está obligada a indemnizar, luego la responsabilidad civil podría definirse como la “obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”⁹⁹. De ahí que a la responsabilidad civil solo le interese el daño causado, y su configuración se dé únicamente a partir de una acción ilícita (típica y antijurídica) y no exija un análisis sobre las condiciones de imputabilidad y exigibilidad; es en ese sentido que la responsabilidad penal se ha entendido como una responsabilidad preminentemente subjetiva o personal, como dispone el artículo 9 del CP: “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”.

Por otro lado, del artículo 200 del Código de Comercio también se desprenden consecuencias relevantes respecto a la reparación del perjuicio y la ausencia de responsabilidad. En primer lugar, se menciona la responsabilidad solidaria e

⁹⁸FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: Derecho penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas. p. 305.

⁹⁹GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio: Responsabilidad civil y responsabilidad penal. p. 28.

ilimitada de los administradores frente a los daños causados a la sociedad, a los socios y a terceros, lo que implica que respecto a los terceros perjudicados, estos podrían entablar –al margen de si se trata de acciones índole contractual o extracontractual– o bien la acción individual de responsabilidad contra al administrador, o bien la acción de responsabilidad civil contra la sociedad como tercero civilmente responsable de la actuación del autor en los términos del artículo 107 de la Ley 906 de 2004, independientemente de que surja –posteriormente– para la sociedad la acción de repetición contra el administrador; y en segundo lugar quienes no tuvieron conocimiento de la conducta, o votaron en contra, o no la ejecutaron no serán responsables en principio, aunque estas son todas cuestiones que son objeto de otro escrito.

El administrador en ejercicio de sus funciones puede incurrir en actos que generan consecuencias negativas para el patrimonio social, pero que no necesariamente serán constitutivas de delito; solo es punible aquella conducta que ha sido descrita previamente en la ley penal, y adicional a esto, será determinar la trasgresión del riesgo permitido y la lesión al bien jurídico –daño al patrimonio económico– exigido por el tipo; la exigencia del dolo como elemento subjetivo es imperativa, excluyéndose la actuación descuidada o negligente, culposa o los simples errores de gestión¹⁰⁰, concurriendo así el elemento objetivo y subjetivo podría predicarse la tipicidad de la conducta desleal, que será *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, a lo que deberá luego añadirse el juicio de culpabilidad, segmentos imprescindibles en el análisis de verificación del delito, lo que acota los linderos entre el ilícito penal y el ilícito civil, pero no los excluye en el marco de las consecuencias jurídicas del delito.

Lo que debe tenerse en cuenta, es que el tipo exige una valoración significativa que es delimitada por normas, que permiten concluir que en un evento determinado se incurre en los supuestos que describe el tipo y aquello es merecedor de una pena; quien no actúa en las circunstancias que prevé la norma, incurriría en el ilícito civil o a lo sumo en simple infracción administrativa, pues la conducta no logra afectar un bien jurídico protegido o fue afectado dentro de los límites penalmente permitidos.

El criterio de diferenciación fundamental radica en la gravedad de la conducta o la magnitud del riesgo generado con relevancia jurídico-penal, que supone la lesión grave o afectación dolosa de un bien jurídico amparado por ley, que amerita la intervención del estado en aras de reivindicar un valor socio-económico imprescindible como lo es el patrimonio, pues son menoscabados gravemente los

¹⁰⁰ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. p. 1354-1355.

intereses patrimoniales depositados en la sociedad por socios y acreedores; por ejemplo, el caso Interbolsa¹⁰¹ que cuenta con connotaciones penales y civiles.

Aunque el tipo penal de administración desleal se consagró en Colombia en el año 2011 con la expedición de la citada ley, la sentencia C-320 de 1998 de la Corte Constitucional. M.P, Eduardo Cifuentes Muñoz ya se refería al deber general de comportamiento que obliga al administrador a velar por las disposiciones legales en su ámbito de competencia: “corresponde a los administradores gestionar las empresas evitando que al abrigo de su objeto social se violen las normas penales y se generen daños a la sociedad. (...) por lo que respecta a los administradores, se ha incurrido en una grave falta que puede tener connotaciones no sólo patrimoniales sino también penales.”

Lo que se estudiará en las páginas siguientes, será el fundamento mismo de la administración desleal, sus criterios de imputación y los elementos normativos del delito que permiten comprender el alcance del tipo, debiéndose considerar previamente que la responsabilidad penal en la empresa plantea ciertos retos en cuanto a su individualización y prueba en el eventual proceso, pues los delitos societarios son el resultado de un complejo entramado criminal al interior de las empresas y el deber del administrador se difumina por toda la organización a través de la figura de la delegación¹⁰², lo que complica en ocasiones situar el origen de la decisión institucional que materializa las conductas del delito, como lo expresan algunos autores al sostener que, la descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo, con palabras de B. Schünemann, de convertir la “organización de la responsabilidad en la organizada irresponsabilidad”¹⁰³.

¹⁰¹ Aquello pone de relieve, el imperativo del derecho penal de ajustarse a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, interviniendo solamente en los casos más graves: “El derecho mercantil tiene mucho que decir al respecto, pues a él le compete el establecimiento de mecanismos tendentes a asegurar la protección de los intereses en juego”. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a: Derecho penal de la empresa. p. 76. Así mismo, lo expresa García Caveró: El principio de subsidiariedad del Derecho penal resulta de obligatoria observancia por parte del legislador, por lo que solo las infracciones más graves deben ser criminalizadas, dejando los aspectos no esenciales y los casos menos graves en manos del Derecho privado o disciplinario. GARCIA CAVERO, Percy: La administración fraudulenta de la persona jurídica. p. 243.

¹⁰² ABELLO GUAL, Jorge Arturo: Derecho Penal Empresarial. p. 30.

¹⁰³ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a: Derecho penal de la empresa. p. 39; SCHUNEMANN, BERND: Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, ADPCP, II, 1998, p. 533.

CAPITULO II

LA ADMINISTRACION DESLEAL

2.1. DEFINICIÓN

El artículo 250B del Código Penal describe la administración desleal de la siguiente forma:

“El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ella causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

La administración desleal es aquella en la que el sujeto activo abusando de las funciones propias de su cargo y en beneficio suyo o de un tercero, dispone fraudulentamente de los bienes sociales o contrae obligaciones en nombre de la sociedad, causando un perjuicio económico a los socios, resultando aquello conminado con una pena y sanción pecuniaria.

A partir del anterior texto, en este capítulo se segregan y explican los elementos normativos fundamentales del tipo junto a sus principales problemas a fin de comprender a cabalidad su alcance normativo.

2.2. EL TIPO OBJETIVO

2.2.1 BIEN JURÍDICO Y OBJETO MATERIAL

En lo que se refiere al análisis del bien jurídico en la administración desleal, este segmento se propone en un primer momento abordar algunos aspectos generales de la teoría del bien jurídico que se estiman convenientes para el estudio, para en un segundo momento analizar concretamente el bien jurídico consignado en el artículo 250B del Código Penal con algunas consideraciones propias.

Bustos afirma que:

“El bien jurídico surge como un principio garantizador de carácter cognoscitivo; todo individuo y la sociedad toda, debe saber qué se está protegiendo con el sistema jurídico y con cada precepto, en especial punitivo, y además tener el camino expedito para conocer las bases sobre las que se sienta esa protección y poder hacer una revisión de ellas.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan: Control social y sistema penal. p 115.

Como ya se ha dejado entrever, el bien jurídico constituye un elemento imprescindible en la valoración del tipo penal y así mismo en la legitimación y justificación del Derecho penal en las sociedades comerciales y en la economía.

Aquí se parte de la corriente o postura mayoritaria sostenida también por la jurisprudencia, de entender la finalidad del derecho penal como aquella orientada a la tutela exclusiva de bienes jurídicos en función de los fines político-criminales, derivados de los principios de la Constitución Política. A partir del reconocimiento de los derechos fundamentales como aquellos inherentes a toda persona, el derecho penal los protege bajo la forma de bienes jurídicos ante especiales formas de ataque.

En esa medida, el derecho penal se justifica por la protección a un bien jurídico concreto y no indeterminado que pueda acarrear su expansión irrazonable, por lo tanto, el derecho penal estará llamado a proteger el bien jurídico que consagra la norma bajo un especial grado de concreción, verificando que efectivamente se lesione o se ponga en peligro un verdadero interés para la comunidad o sus individuos¹⁰⁵. El delito deberá ser entendido materialmente como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos¹⁰⁶.

En su aspecto lógico-objetivo, el tipo penal debe necesariamente contener determinados objetos de protección denominados bienes jurídicos¹⁰⁷—no deben confundirse con los objetos sobre los cuales recae la acción—, que constituyen un conjunto de valores sociales que, según la opinión del legislador merecen especial protección como sucede con la vida, el patrimonio económico¹⁰⁸, la integridad personal, el medio ambiente, el orden económico social, etc.¹⁰⁹

Una definición aproximativa la brinda Roxin¹¹⁰ que define los bienes jurídicos como: “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

La administración desleal justifica la tutela penal en la medida en que se protege un determinado bien jurídico digno de protección, contra modos de ataque

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365 de 2012.

¹⁰⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo: El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. p. 390.

¹⁰⁷ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando: Fundamentos de Derecho penal. Parte general. p. 383.

¹⁰⁸ El patrimonio económico es considerado un derecho fundamental por la jurisprudencia constitucional, en el sentido que, sin él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, pues lo necesita para realizarse como tal y ha de contar necesariamente con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-537 del 23 de septiembre de 1992.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 66.

¹¹⁰ ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. p. 56.

especialmente intolerables y así mismo, en la preservación de las garantías de libertad y seguridad de los ciudadanos,¹¹¹ que en definitiva, no deja de ser el aspecto paradójico del Derecho penal.

El bien jurídico supone como corolario el principio de lesividad, que deriva de la necesidad de protección únicamente contra graves lesiones o amenazas, lo que supone, que a falta de un verdadero daño la conducta no podrá imputarse objetivamente, pues de no producirse una lesión injustificada la intervención del derecho penal debe ser excluida.

El principio de lesividad o antijuridicidad material como garantía fundamental del derecho penal, instituye la exigencia de que la conducta efectivamente lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma –dañosidad–, consagrado como principio en el artículo 11 del Código Penal y en el artículo 2 de la Constitución Política¹¹².

Esto bien puede complementarse en las consideraciones realizadas en el primer capítulo al referirse a la legitimación del derecho penal en la economía y en especial en el ámbito societario.

Para el caso en concreto, lo que conviene indagar es la naturaleza del bien jurídico consagrado en el precepto legal, pues si bien se infiere de la lectura de la norma y de los desarrollos de la doctrina que lo que se protege es el patrimonio económico, interesa el aspecto que llevó al legislador a catalogar la administración desleal como un delito contra el patrimonio económico –y por ejemplo, no la propiedad¹¹³–, de igual forma que lo son la estafa y el abuso de confianza. Una aproximación al concepto de patrimonio y sus elementos integrantes permite comprender el fundamento de su protección penal.

Por parte de la jurisprudencia, la sentencia T-452/14 de la Corte Constitucional. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, parece afirmar de forma unívoca que lo protegido es el patrimonio: “al estar de por medio el delito de administración desleal, previsto para proteger el patrimonio de la sociedad era claro que existía un daño por las conductas cometidas por los administradores.”

¹¹¹ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: Derecho penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas. p. 238.

¹¹² *Ibid.*, p. 238-249.

¹¹³ El debate alrededor de la distinción entre propiedad y patrimonio se ha llevado a cabo en la doctrina y jurisprudencia, decantándose por el concepto de patrimonio que incluye un concepto más amplio, pero sin duda de mayor rigor a efectos jurídico-penales, pues se entiende como tal, el conjunto de bienes e intereses patrimoniales a título de posesión o tenencia. No obstante, el legislador solo entiende los activos como dignos de protección penal, pese a la universalidad jurídica de que se trata el patrimonio, compuesto tanto por activos como por pasivos. En ese sentido la protección jurídico penal se orienta solo hacia el desmedro patrimonial. Cfr. ESCOBAR LOPEZ, Edgar: Delitos contra el patrimonio económico. p. 15.

El patrimonio económico entendido desde la concepción de la teoría mixta¹¹⁴ es definido como la totalidad de los bienes, derecho y obligaciones económicamente transables o valorados económicamente protegidos por el ordenamiento jurídico, o en palabras de Welzel: “es la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico”¹¹⁵, definición que puede ajustarse a la noción de patrimonio defendible particularmente por el Derecho penal económico, y es la tesis mayoritaria que a nivel de la doctrina se emplea sin perjuicio de los matices que ella puede tener, todas cuestiones que aquí no pueden ser tratadas. Lo cierto es que desde la concepción mixta y para los efectos del delito societario de administración desleal el patrimonio económico puede fundamentarse materialmente como un conjunto de bienes, derechos, obligaciones con significación económica amparadas por el derecho, en este caso, el haber social que se compone fundamentalmente de bienes que contienen o proyectan un valor monetario en el marco de unas relaciones jurídicas amparadas por el orden jurídico (el contrato social).

El fundamento de protección jurídico-penal del patrimonio económico en los casos de gestión desleal societaria, radica en la necesidad de salvaguardar la integridad de estos bienes económicamente transables que pertenecen a la sociedad e indirectamente a los socios frente a la actuación desbordada del sujeto activo –como con la estafa se protege el patrimonio sobre el engaño que recae sobre este–, que al quebrantar los deberes de lealtad hacia ella, ocasiona un detrimento sobre el patrimonio administrado.

Lo que se estima lesivo para el patrimonio económico es precisamente la infracción al deber de lealtad ligado a la mala gestión y manejo del haber social, y las consecuencias que ello tiene tanto para la sociedad como en los intereses patrimoniales de sus socios, de manera que lo que se pretende es que no se les causen daños indebidos¹¹⁶.

El bien jurídico en la administración desleal del artículo 250B no ha tenido buena recepción y ha sido debatido en la doctrina, pues se reprocha la inexactitud en la

¹¹⁴ La dogmática ha ido construyendo diversas teorías generales sobre el patrimonio a partir de la doctrina civil, siendo estas: (1) la jurídica, (2) la económica, (3) la mixta y (4) la personal o funcional, aplicables para todos los delitos patrimoniales. Para efectos de abordar el bien jurídico de la administración desleal se considera adecuado hacerlo desde la teoría mixta, que involucra elementos de la teoría jurídica y económica del patrimonio, que requiere de la exigencia de que los bienes o valores sean poseídos en virtud de una relación jurídica o se encuentren amparados por el derecho y, además la exigencia, de que el derecho subjetivo posea un valor económico o económicamente transable. Cfr. VERA RIVERA, María, del Carmen: El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. p. 296-306; ESCOBAR LOPEZ, Edgar: Delitos contra el patrimonio económico. p. 18-20.

¹¹⁵ Welzel citado en: ESCOBAR LOPEZ, Edgar: Delitos contra el patrimonio económico. p. 19.

¹¹⁶ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 7.

configuración del bien jurídico, pues el tipo no diferencia entre patrimonio social y el patrimonio individual de cada asociado, una cuestión que sin duda refleja un error legislativo ya que se asume que el acto desleal lo es frente al patrimonio individual de cada asociado y no frente al haber social, y más si se tiene en cuenta que el interés de la sociedad en ocasiones no coincide con el de alguno de los socios que puede constituir un perjuicio a los demás socios en virtud de su propio beneficio¹¹⁷. Piénsese como ejemplo, un evento de auto-contratación donde el administrador celebra un contrato con la sociedad en detrimento de esta y en interés personal suyo (bien porque se da un conflicto de interés y una excesiva retribución), situación que puede producir un perjuicio para la sociedad, pero puede no tener incidencia en el patrimonio de cada uno de los asociados. Lo que quiere ponerse de relieve es, que no siempre un mal manejo de los recursos sociales tiene incidencia sobre el patrimonio individual, precisamente por la ficción jurídica que separa el patrimonio de la sociedad del de quienes son sus socios.

El derogado tipo español del artículo 295, contemplaba un espectro más amplio en cuanto ofrecía una protección al patrimonio más extensiva, pero también dejaba de lado la protección hacia el haber social, aunque señalando no solamente el patrimonio de los socios sino también el de depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital.

Lo anteriormente expuesto, lo plantea Díaz y García Conlledo¹¹⁸:

“El tipo colombiano se refiere sólo al perjuicio a los socios, mientras que el español incluye además, resultando más amplio, el perjuicio a los depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital, en una decisión que algunos consideran discutible (lo que parecen “olvidar” ambos preceptos es el perjuicio a la propia sociedad, si bien se ha sugerido que podría incluirse en el de los socios o, en el caso español, en el irrogado a otra de las categorías mencionadas, al ser la sociedad titular de sus bienes, entre otros., sin que sea posible desarrollar aquí todas estas cuestiones.”

Si bien es cierto que, haciendo una interpretación sistemática podría entenderse que el patrimonio independiente de cada uno de los socios incluye a su vez el patrimonio de la sociedad como la sumatoria de una unidad, la inclusión expresa del patrimonio de la sociedad hubiera resultado deseable, por ahora, lo que conviene entender es que lo que se contempla como bien jurídico protegido, es el patrimonio en un sentido integral, que comprende tanto los bienes de la sociedad como el de sus socios. Como lo aseveran Sequeros Sazatornil y Dolz Lago¹¹⁹ que

¹¹⁷ RIOS CORBACHO, José Manuel: Lección 5. Delitos societarios. p. 142

¹¹⁸ DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. p. 18.

¹¹⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ-LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. p. 517.

afirman que: “paralelamente se está protegiendo la integridad del capital social en la medida en que la sociedad es la titular y depositaria de los bienes administrados pertenecientes particularmente a cada uno de aquellos (los socios).”

En el mismo sentido, Luzón Peña y Roso Cañadillas expresan que frente a este problema por la propia naturaleza de las cosas, se debe bordear en este punto la mala técnica legislativa, entendiéndose que para dañar el patrimonio de los socios hay que lesionar el patrimonio social, y parece imposible dañar los patrimonios individuales sin lesionar el patrimonio social¹²⁰, es decir, la disposición los bienes sociales logra causar un perjuicio a los socios, porque previamente o simultáneamente se ha causado un perjuicio a la sociedad¹²¹ y esto lo que interesa para efectos de entender la administración desleal. Incluso si se observa la mención de la sentencia T-452/14, anteriormente citada, la Corte Constitucional parece también entender el bien jurídico en esta línea interpretativa.

De otro lado, es posible plantear que el bien jurídico en la administración desleal contiene a su vez una protección dual implícita, pues protege de forma inmediata el patrimonio económico de la sociedad y el de sus socios como bien jurídico individualizado, pero también se orientaría a la tutela de un interés jurídico supraindividual o difuso como el correcto funcionamiento de las estructuras societarias¹²² de forma mediata.

Sobre esta idea, para el caso español (igualmente aplicable en Colombia) sostiene Martínez- Bujan¹²³:

“Conviene aclarar que el patrimonio individual se erige en el único bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, cuya vulneración habrá de ser abarcada por el dolo del autor. Por tanto, el art.295 no protege técnicamente un bien jurídico colectivo de orden económico- No obstante, con ello no se desconoce que la realización del tipo en comentario puede afectar, en mayor o menor medida, con un peligro más o menos remoto, al orden económico, dado que el delito se tiene que ejecutar al amparo de la estructura y de la organización de una sociedad mercantil (piénsese sobre todo en la actividad bancaria y grandes sociedades); sin embargo, ese posible peligro no se encuentra incorporado a la materia de prohibición, aun cuando indudablemente haya podido influir en el ánimo de los redactores del C.P como motivo de la criminalización de las conductas”.

¹²⁰ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 8

¹²¹ MORENO CHAMARRO, Ismael: Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales. p. 130

¹²² También, de esta postura el Tribunal Supremo en España, como lo expresa la STS 769/2006. M.P. Juan Saavedra Ruiz: “Es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.”

¹²³ MARTINEZ-BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. p. 547.

Por su parte, Suárez Sánchez¹²⁴ afirma que, al no contemplarse expresamente un Título en el Código Penal que se ocupe de los delitos societarios o incluso no se haya consagrado en el Título de los delitos contra el orden socioeconómico –como sí ocurrió en España con el Título XIII–, no puede hablarse de la protección a un interés jurídico supraindividual como el correcto funcionamiento de las sociedades, lo que implica que se está solo ante un delito que protege el patrimonio económico de la sociedad constituida o en formación, como el de sus socios; preservando directamente intereses patrimoniales de índole individual¹²⁵.

Los delitos naturalmente podrán afectar bienes jurídicos individuales o colectivos; el legislador en uso de la facultad de libertad configurativa establece en los tipos la protección específica a un bien jurídico, mientras que en otros incorpora varios intereses jurídicos que, a juicio del legislador se estiman como necesarios para su salvaguarda, pues ciertamente un delito podría lesionar más de un bien jurídico tutelado. El tipo penal entendido como el supuesto de hecho del delito puede ser mono-ofensivo o pluriofensivo, esta división de los tipos ya la explicaba en su momento Reyes Echandía¹²⁶:

“Con el nombre de tipos simples o mono-ofensivos se conocen aquellos en los que el legislador quiso tutelar un solo bien jurídico (...) complejos o pluriofensivos se llaman, en cambio, los tipos que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos; quien realiza la conducta en ellos prevista afecta, pues, al propio tiempo, una pluralidad de intereses”.

Una interpretación restrictiva –o de máxima taxatividad legal e interpretativa– del artículo 250B únicamente daría lugar a una posible concreción de un bien jurídico mono-ofensivo que sería el patrimonio social e individual.

Sin embargo, desde una interpretación teleológica, sistemática o incluso de *lege ferenda*¹²⁷ podría plantearse que dada la importancia de las estructuras societarias para la economía nacional, al punto que condicionan su funcionamiento, implícitamente cabría entender que la administración desleal no solo es una afrenta contra el patrimonio económico sino también contra el orden socioeconómico¹²⁸

¹²⁴ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 395-396.

¹²⁵ FARALDO CABANA, Patricia: Delitos societarios. p. 647.

¹²⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso: Derecho penal. Parte General. Bogotá: Temis, 1987. p. 115.

¹²⁷ Cfr. BERNATE OCHOA, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ. Felipe: Administración desleal y corrupción privada. p. 614. “Cabría la propuesta de ampliar su protección, para lo cual sería necesario ubicar el tipo dentro de los delitos contra el orden económico y ampliar su rango de protección”.

¹²⁸ Es importante destacar que a esta doble condición o tutela de un bien jurídico colectivo, se le formula como crítica, que bien podría predicarse de todos los delitos societarios. No obstante, dado el carácter lesivo de la administración desleal societaria, comportando un mayor desvalor de acción y de resultado frente al patrimonio; posee un alcance mucho mayor que, por ejemplo, la utilización indebida de información privilegiada del art. 258 del Código Penal. Mírese. Caso Interbolsa, Caso

concretado a través de la *fiabilidad del correcto funcionamiento del sistema societario* –estabilidad del tráfico económico–, orientación que propugnan Luzón Peña y Roso Cañadillas¹²⁹, entendiendo la administración desleal como un delito pluriofensivo: “En la administración fraudulenta por tanto se protege por una parte el patrimonio tanto social, como el patrimonio de los socios (...), pero por otra también el correcto funcionamiento de las sociedades, del sistema societario, la fiabilidad de las sociedades, del sistema societario para la comunidad, como bien jurídico colectivo o supraindividual.”

Bajo las razones anteriores, se diría que con las conductas del artículo 250B no solo se lesionaría como bien jurídico inmediato, el patrimonio económico de la sociedad y los socios, sino también un bien jurídico de carácter supraindividual que no surge directamente sino de forma mediata como componente de la *ratio legis*¹³⁰.

En este sentido, aceptar el bien jurídico mediato dentro del precepto legal implica atribuir una función teleológica¹³¹ encaminada a determinar la finalidad objetiva de la norma; lo que se vincula con las particulares condiciones político criminales que motivaron al legislador a la criminalización de la conducta, circunstancia que se muestra coherente, si se considera que la administración desleal surge como respuesta a la corrupción privada en la Ley 1474 de 2011, dado que en su interés inmediato de proteger el patrimonio individual le subyace además, el interés mediato de proteger en paralelo al orden socioeconómico¹³².

Esta postura, es también compartida por el profesor Velásquez Velásquez¹³³, concluyendo que:

“De cara al derecho colombiano el bien jurídico protegido es doble: por una parte y en forma directa, el patrimonio económico de la sociedad y/o de los socios (bien jurídico individual) y, por otra, el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles que son parte fundamental en el engranaje económico del país, con lo cual también se tutela el orden económico social (bien jurídico colectivo o supraindividual)”.

Las ideas expuestas, son muestra de la polémica que suscita en la doctrina, la cuestión entorno la concreción del bien jurídico en el delito administración desleal,

Argentia Trust en España y Caso Mannesmann en Alemania. Cfr. MARTINEZ-BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. p. 547.

¹²⁹ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 7

¹³⁰ MARTINEZ-BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. pp. 547-548.

¹³¹ NAJERA, Xavier: El bien jurídico protegido en el delito socioeconómico de administración desleal en España. El caso de la legislación poblana en perspectiva comparada. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. Año IX. No.35. enero-junio, 2015. p. 83.

¹³² *Ibíd.*, p. 85.

¹³³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 818.

al punto que puede hacerse referencia a cuatro posturas¹³⁴. Una primera que propugna por tutelar las relaciones de fidelidad y de lealtad del administrador para con la sociedad y los socios; una segunda que estima que el objeto de protección es el correcto funcionamiento del sistema societario; en tercer lugar, la existencia de una protección expresa a ambos bienes jurídicos, que tutela tanto el patrimonio económico y el orden socioeconómico; finalmente, una última postura (la cual se acoge), relativa a la protección directa del patrimonio económico, pero también indirectamente al orden socioeconómico, como ya fue señalado.

En la medida en que se logre proteger el patrimonio económico de los socios y la sociedad, se está protegiendo así mismo el equilibrio del orden socioeconómico, concretado a través del correcto funcionamiento de las sociedades.

Finalmente, frente a la distinción necesaria entre el bien jurídico y el objeto material de la acción (ambos elementos similares pero distintos), cabe señalar que el legislador hizo uso de la técnica legislativa que Hefendehl¹³⁵ denomina como *coincidencia solo de contenido mas no formal* respecto a la relación entre bien jurídico y objeto material. El bien jurídico protegido es constituido por el patrimonio económico de los socios, mientras que el objeto material de la acción según lo dispone el propio tenor literal de la norma en la expresión, *quien disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad*, está formado por el conjunto de bienes de la sociedad –el patrimonio societario o patrimonio administrado–, compuesto por muebles o inmuebles, derechos de crédito, *good will*, etc. y así mismo, el capital social y las obligaciones¹³⁶.

En este sentido, se considera que la cuestión dogmática que manifiestan los profesores Sintura Varela y Bernate Ochoa¹³⁷ de la discordancia entre el bien jurídico y objeto material quedaría resuelta bajo esta interpretación.

2.2.2 LOS SUJETOS DEL DELITO

Los sujetos del delito comportan un componente fundamental para el aspecto objetivo del tipo en la medida en que resulta necesaria la presencia de al menos dos sujetos que permitan comprender la naturaleza del hecho jurídico ilícito. Así pues, se distinguen dos clases de sujetos; el sujeto activo –también entendido como autor– siendo la persona que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley¹³⁸ y el sujeto pasivo quien ostenta la titularidad del bien jurídico en cada caso concreto¹³⁹, podrá ser una persona física o jurídica.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 817-818

¹³⁵ HEFENDEHL, Roland: El bien jurídico como eje material de la norma penal. p. 180.

¹³⁶ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico., p. 403.

¹³⁷ Cfr. SINTURA VARELA. Francisco. BERNATE OCHOA. Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 495.

¹³⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: Fundamentos de Derecho penal. Parte General. p. 354.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 355.

Es importante destacar, que el tipo permite la inclusión respecto de la órbita, tanto del sujeto activo como del pasivo, no solo a las sociedades comerciales de derecho sino también aquellas de hecho o que se encuentren en proceso de formación, pues la redacción del artículo señala que el ilícito podrá darse en el marco de cualquier sociedad constituida o en formación.

Las sociedades de hecho son aquellas que no han sido constituidas por escritura pública y no están revestidas de personería jurídica, tal como lo dispone el artículo 498 del Código de Comercio, diciendo que: “La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley”.

Mientras que, las sociedades en formación, entendidas por el Código de Comercio como irregulares, serán aquellas que una vez suscrito el contrato de sociedad, aún se encuentran en los trámites burocráticos propios para su constitución por escritura pública; o que una vez constituidas por escritura pública y que requiriendo permiso para su funcionamiento actúan sin él, tal como lo determina el artículo 500 de la ley mercantil.

A. SUJETO ACTIVO

La administración desleal es uno de aquellos delitos que exigen de unas calidades especiales respecto del sujeto activo del delito no siendo posible que las conductas típicas puedan ser realizadas por cualquier persona.

El comportamiento desleal deberá ser ejecutado por un sujeto investido de un deber extrapenal –que no se halla propiamente en el ámbito del derecho penal–, que varía conforme a la naturaleza del objeto social y las disposiciones estatutarias, y como consecuencia, únicamente podrá ser infringido aquel deber por el administrador de hecho o de derecho, socio, directivo, empleado o asesor, lo que constituye en últimas, un sujeto activo calificado en el marco de las sociedades comerciales, dejando al margen a otro tipo de personas jurídicas como fundaciones, cooperativas, asociaciones y otras formas especiales de administración de bienes como contratos fiduciarios, mandatos de administración, propiedades horizontales u otras figuras jurídicas o entes colectivos distintos a las sociedades mercantiles¹⁴⁰. Por ejemplo, si un rector de una universidad o un administrador de una copropiedad horizontal, se apropia de los bienes que tiene a su cargo, deberá aplicársele el delito de abuso de confianza¹⁴¹, de manera que los posibles responsables del delito están circunscritos únicamente el ámbito de las empresas creadas bajo el esquema del contrato de sociedad.

¹⁴⁰ ABELLO GUAL, Jorge Arturo: Derecho penal empresarial. p. 99-100.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 100.

Hasta aquí, se ha hablado del administrador como el principal sujeto del delito, entendiendo (al igual que la mayoría de la doctrina y el Derecho comparado) que quizás aquel configura la mayoría de los supuestos de hecho e ilustra de mejor forma el quebranto al deber de lealtad mediante la disposición fraudulenta y el contraer obligaciones a cargo de la sociedad, extralimitaciones que eventualmente se darían naturalmente bajo este cargo.

No obstante, en Colombia a diferencia de España (que solo determina como sujeto activo al administrador y el socio), conforme al artículo 250B se extienden las calidades –que bien pueden coincidir en las facultades de administrador– al directivo, empleado o asesor; categorías que se expondrán brevemente a fin de comprender su naturaleza dentro de los comportamientos típicos del delito, aunque sin referirse (todavía) a las formas de autoría y participación.

Pese a que, la ley no brinda una definición explícita de administrador, habrá que recurrir a criterios de la doctrina para construir su significado¹⁴², pues la Ley 222 de 1995 en su artículo 22 únicamente menciona que son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

De este modo, se comienza por afirmar que, el administrador de derecho o *de iure* es el titular de la gestión de la sociedad –administrar los bienes y negocios– designado conforme a los estatutos, quien a su vez debe encontrarse inscrito en el registro mercantil¹⁴³, reuniendo así todos los requisitos y formalidades legales en cuanto a su nombramiento, inscripción, duración de su cargo, etc.¹⁴⁴, calidad que en ocasiones podrá concurrir con la calidad de representante legal, pese a que se trata de calidades distintas.

Las facultades de administración comportan obligaciones respecto de la sociedad, mientras que las de representación constituyen poderes facultativos para actuar en nombre de esta¹⁴⁵, la calidad de la representación legal de la sociedad varía

¹⁴² Bacigalupo considera que los conceptos de administrador de hecho y derecho, propios de la dogmática mercantil no pueden hacerse extensivos al ámbito de los delitos societarios, por tratarse de acepciones diversas. Vid. BACIGALUPO, Enrique: los delitos societarios en el nuevo Código Penal. Óp. cit., p. 419. Si bien al Derecho penal lo caracteriza la autonomía de los tipos penales, no es posible concebir el delito societario sin las categorías del Derecho mercantil, necesarias para una correcta interpretación del tipo. En este sentido debe entenderse que: “el Derecho penal realiza una labor de selección y reformulación de las normas procedentes de otros sectores jurídicos a partir de criterios específicamente penales para que las normas penales puedan adquirir una autonomía, que no desconexión, respecto a las de otros sectores jurídicos”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011. p. 27.

¹⁴³ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 400.

¹⁴⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manual, ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p.9

¹⁴⁵ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. OSPINA PERDOMO, Juanita: Derecho penal societario. p.116.

conforme a las normas consagradas para cada tipo societario en el Código de Comercio y en la ley 1258 de 2008 para las sociedades anónimas simplificadas.

Es importante destacar, que la ley mercantil confiere el estatus de administrador a aquellas personas que aunque no actúen permanentemente como administradores de la sociedad o posean funciones propias de administración y gerencia, formalmente puede concurrir en ellas dicha condición como acontece con los representantes legales y miembros y suplentes de Junta Directiva¹⁴⁶—o también llamados directivos—, razón por la cual la norma penal abarca estas calidades dentro del tipo.

El tratadista de derecho comercial José Ignacio Narváez¹⁴⁷ en referencia al artículo 22 de la citada ley, señala que la norma deja un amplio campo a la subjetividad del intérprete, en tanto apenas anuncia los cargos que llevan implícita la función de administrador, entendiéndose como administradores los siguientes¹⁴⁸:

- a) El representante legal, llámese presidente, gerente o gerente general, director, etc.
- b) El liquidador, o la persona designada para representar a la sociedad que se halla en estado de disolución y liquidación (...)
- c) El factor, es la persona que administra un establecimiento comercial o una parte del mismo. Tal establecimiento puede ser una sucursal, agencia, punto de fábrica, etc.
- d) Los miembros y suplentes de juntas directivas, consejos de administración o comités especiales a nivel directivo.
- e) Quienes ejerzan o detenten funciones propias de los cargos mencionados, cualquier que sea la denominación del empleo.

Esta última función correspondería a la calidad que el tipo penal señala como “empleado”, aunque es claro que, al tratarse de un sujeto activo calificado, no cualquier empleado detenta las funciones de administrar los bienes y negocios de una empresa.

Así mismo, frente al cargo de asesor, es cuestionable que una persona que aconseja o recomienda a los administradores, directivos o empleados de una empresa sobre algún aspecto técnico que domina por razón de su conocimiento y experiencia asuma facultades de administración.

No obstante, Suárez Sánchez¹⁴⁹ pone de relieve que: “si los estatutos o reglamentos internos de la sociedad no señalan las funciones de ciertos servidores, como

¹⁴⁶ MEDINA VERGARA, Jairo: Responsabilidad comercial de las sociedades y sus vinculados. p. 121.

¹⁴⁷ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio: Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades. Bogotá: Legis, 1998. p. 355.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 356.

¹⁴⁹ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 400.

empleados o asesores, será difícil precisar sus facultades y por ende el abuso de las mismas”.

Finalmente cabe señalar que, la calidad que ha suscitado mayor interés en la doctrina –mercantil y penal– es la de administrador de hecho¹⁵⁰ o *de facto* en la medida en que se trata de un sujeto que realiza actos propios del administrador de derecho sin tener formalizado su nombramiento y registro¹⁵¹. Se contrapone al administrador de derecho en cuanto no existe la formalidad legal por no haber sido nombrado en virtud de los estatutos sociales, bien sea por configurarse una nulidad, inscripción incorrecta en el registro mercantil o tratarse de un nombramiento caducado¹⁵² (interpretación restrictiva).

Otra interpretación posible (sostenida por la doctrina jurídico-penal mayoritaria), de carácter amplio y material, entiende al administrador de hecho como todo el que *de facto* ejerza (aun sin nombramiento) funciones de administración siempre que estas tengan cierta continuidad¹⁵³.

El fundamento jurídico-penal de incluir al administrador de hecho dentro del tipo es que de no haberse incorporado, algunas de las conductas probablemente habrían quedado impunes pues determinados sujetos no habrían reunido las calidades que exige el delito.

Así pues, se consideran incluibles en la categoría del administrador de hecho y con capacidad de disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o de contraer obligaciones, tanto al socio, empleado, directivo o asesor¹⁵⁴ cuando desempeñan funciones propias del administrador con carácter permanente.

B. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo como se dijo previamente es quien ostenta la titularidad sobre el bien jurídico lesionado, que en el caso concreto, y conforme a la literalidad del artículo, serían los socios quienes deben resultar afectados patrimonialmente por la actuación desleal del administrador o del sujeto activo.

Sin embargo, debe indicarse que de una lectura más precisa de la norma puede inferirse que la titularidad del bien jurídico recae sobre la sociedad, siendo esta el

¹⁵⁰ En el Derecho penal ha despertado especial interés la figura del administrador de hecho particularmente en materia de autoría y participación. Sobre la responsabilidad del administrador de hecho, véase ampliamente: GARCIA CAVERO, Percy: La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación. Barcelona: J.M. Bosch. 1999.

¹⁵¹ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico p. 400.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 400.

¹⁵³ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. p. 24.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 18.

sujeto pasivo del delito en estricto sentido, pero en ningún caso, ello implica dejar a los socios de lado, pues como se ha reiterado: si bien el titular del patrimonio económico es la sociedad y la protección recae sobre los bienes depositados en ella conformando el patrimonio administrado, dichos bienes se reúnen con ocasión de los aportes que realizan los socios como un elemento esencial del contrato social que permite la conducción de la empresa conforme a su objeto social, de allí que puedan resultar perjudicados, y justo el fin de protección de la norma es evitar tanto la causación ilícita de perjuicios a estos como a la misma sociedad. De tal manera que la lesión en la esfera del sujeto pasivo comprende a la sociedad como titular inmediato del bien jurídico y el patrimonio de los socios como un interés mediato amparado en la protección del patrimonio social.

Ahora, si se admite que los actos de administración desleal lesionan tanto el patrimonio de la sociedad como el de sus socios e indirectamente el orden socioeconómico¹⁵⁵, debe afirmarse que concurren dos sujetos pasivos –individual y colectivo–, en la medida en que se logre lesionar el patrimonio de los asociados, lo que presupone la lesión del patrimonio de la sociedad tal como se expuso anteriormente en la discusión del bien jurídico, y por otro lado, del que es titular la colectividad el orden socioeconómico, como lo sostienen Luzón Peña y Roso Cañadillas al afirmar:

“Hay por ello al menos un doble sujeto pasivo, colectivo y personal: la comunidad o colectividad como titular del legítimo interés comunitario en la fiabilidad del correcto funcionamiento de las sociedades y del sistema societario como presupuesto indispensable del buen funcionamiento del sistema económico; la persona (jurídica) o personas (físicas) titular o titulares del patrimonio(s) afectado(s).”

Habría que decir también, que la tutela que consagra el artículo 250B se circunscribe exclusivamente al contrato de sociedad, dejando de lado otros sujetos que podrían eventualmente resultar perjudicados como acreedores o terceros interesados, como sí lo suponía el derogado artículo 295 del Código Penal español de 1995 que extiende no solo el perjuicio a los socios sino también a los depositarios, cuenta participes o titulares de los bienes, valores o capital.

Independientemente de las razones político-criminales que existan, la razón dogmática de restringir el tipo exclusivamente a la protección de la sociedad y los socios, puede explicarse conforme a la opinión de Martínez-Bujan¹⁵⁶ al sostener que: “el delito de administración desleal solo puede realizarse por el sujeto activo de la infracción frente a quien se tiene el deber de lealtad, particularmente la sociedad y los socios que la integran a través de sus aportaciones”. Por ello, aquellos terceros

¹⁵⁵ VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 817.

¹⁵⁶ MARTINEZ BUJAN citado por: SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ-LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. p. 598-599

que resulten afectados por el delito deberán acudir a las figuras de estafa y abuso de confianza¹⁵⁷.

2.2.3. LA CONDUCTA TIPICA

El tema que se expone a continuación, concentra los esfuerzos de la dogmática jurídico-penal para definir la *ratio* de la acción típica que, en este caso en particular, se trata de un delito de conducta alternativa, es decir, de dos modalidades de acción que consisten en la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo de esta por el sujeto activo del delito, resultando indiferente que se realice una u otra, o las dos, porque no se añade mayor desvalor al injusto¹⁵⁸.

En concordancia, con lo que afirma Martínez-Buján¹⁵⁹, la presencia de ambas modalidades es acertada, toda vez que aporta una conveniente taxatividad al injusto típico, lo que supone que para la configuración de la administración desleal es necesario constatar la tipicidad de una u otra conducta a efectos de determinar el injusto; el acto de administración desleal solo será típico si corresponde con la estructura típica del delito, en el caso concreto, un delito de resultado que requiere de un perjuicio patrimonial o económicamente evaluable como consecuencia de alguna de las conductas descritas en el tipo, disponer o contraer.

Como bien fue puesto de relieve en la primera parte de este trabajo, en las últimas décadas han acontecido hechos que han puesto de manifiesto prácticas fraudulentas que no lograban adecuarse a las conductas típicas que el Código Penal ofrecía, hablese de la estafa o el abuso de confianza, pues la disposición fraudulenta de la administración desleal no supone en ningún sentido la apropiación característica del abuso de confianza, y su desvalor de acción se sitúa especialmente en el abuso de las funciones propias del cargo, equivalente estructural al desvalor de acción del engaño en la estafa¹⁶⁰.

Lo anterior, señala una aproximación general sobre las cuestiones propias de imputación objetiva y el desvalor de injusto, instituciones que serán abordadas procurando un análisis sistemático que permita comprender el alcance de las estructuras típicas en su totalidad.

En ese sentido, se adopta la tradicional fórmula de imputación objetiva de Roxin aplicable al ámbito de los delitos económicos decantada por la doctrina, donde: “un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta

¹⁵⁷ VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 817.

¹⁵⁸ AROCENA, Gustavo A: Administración fraudulenta. p. 4.

¹⁵⁹ MARTINEZ-BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. p. 554.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 560.

del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.”¹⁶¹

Si bien, el contraer obligaciones que señala el tipo podría reconducirse¹⁶² a la primera, es decir podría quedar englobada en la disposición fraudulenta de los bienes sociales, se opta por ofrecer los criterios de imputación de manera separada para cada conducta, pues nada obsta para que se cometan ambas conductas de forma simultánea o apenas una de ellas.

A. LA DISPOSICION FRAUDULENTA

En un primer momento, es necesario constatar el nexo de causalidad entre la producción del perjuicio económicamente evaluable a los socios y la disposición fraudulenta de bienes, esto es, la conexión lógico-objetiva entre la conducta y el resultado material. En otras palabras, que el detrimento al patrimonio de los socios esté directamente vinculado con el comportamiento del administrador o sujeto activo en el ejercicio de la actividad empresarial o en la dinámica del tráfico mercantil.

Seguido de la relación de causalidad necesaria –pero no suficiente– entre la acción y el resultado, debe comprobarse que la disposición de los bienes sociales resulta causalmente adecuada y asimismo, crea un riesgo jurídicamente relevante para la causación del perjuicio, donde dicho perjuicio supone la realización del riesgo (o peligro) en el resultado, y se encuentra dentro del ámbito o fin de protección de la norma¹⁶³.

Ya está claro, que la administración desleal cobija únicamente aquellas infracciones graves al deber de lealtad y fidelidad, por lo que permanecen excluidas las actuaciones negligentes o culposas, los negocios de riesgo¹⁶⁴ o especulativos y la

¹⁶¹ ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. p. 363.

¹⁶² VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 819.

¹⁶³ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 23. Como consecuencia del criterio de fin de protección de la norma o del tipo penal, se excluye la imputación del resultado en los casos en que el perjuicio económicamente evaluable se deba a la cooperación a la creación dolosa del peligro por parte de los socios o también, en aquellos casos que medie el consentimiento por parte de la víctima en la creación dolosa del peligro para el patrimonio. Cfr. RUEDA MARTIN, María Ángeles: La imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Bogotá-Barcelona: Universidad Externado de Colombia- J.M. Bosch Editor, 2002. p. 62.

¹⁶⁴ “En dichos negocios de riesgo se ha considerado, sin embargo, que rigen las reglas generales: si el apoderado se mantiene dentro de lo autorizado por los titulares del patrimonio administrado, es decir, dentro de la llamada “relación interna”, no cabe apreciar abuso de sus poderes o facultades en la acción de emprender un negocio de riesgo. En tales supuestos, como es claro, el fundamento de la exclusión de punibilidad reside en el consentimiento”. BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. pp. 426-427.

mala gestión o incompetencia, dado que la actividad mercantil comporta siempre un grado elevado de riesgo y debe ajustarse a ciertas dinámicas del mercado que desde la perspectiva jurídico penal no son desvaloradas.

Esta idea ofrece un primer derrotero a efectos de determinar una institución fundamental como el riesgo permitido, pues el tipo penal se proyecta sobre una realidad preexistente con relevancia normativa¹⁶⁵, siendo un criterio que constituye un expediente técnico de notable trascendencia para efectuar una conveniente restricción teleológica de la órbita típica¹⁶⁶.

El tipo penal consagra como uno de sus verbo rectores: “disponer”, que significa: “Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute¹⁶⁷, lo que conformaría la acción típica, que consiste en disponer fraudulentamente –conforme a la definición anterior– los bienes que componen el patrimonio de la sociedad.

Suárez Sánchez¹⁶⁸ separa la conducta en cuatro componentes o requisitos para ilustrar los criterios de imputación objetiva del resultado. Aunque en su mayoría es compartida la construcción dogmática del autor es necesario precisar algunas cuestiones. Para el autor estos requisitos son:

- a) El abuso de las funciones propias del cargo
- b) La disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad
- c) El provecho para el autor o un tercero
- d) La causación directa de un perjuicio económico a los socios.

El abuso de las funciones del cargo como desvalor de acción comporta un primer criterio definitorio en la medida que refleja que el comportamiento del sujeto activo es contrario a los deberes de lealtad y fidelidad o incluso al de diligencia¹⁶⁹, como se expresa en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y como bien fue expuesto en líneas anteriores: “Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”.

¹⁶⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo: Imputación objetiva en el Derecho penal económico: El alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares.

¹⁶⁶ MARTINEZ BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 284.

¹⁶⁷ Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española. (23ª edición). Consultado en: <https://dle.rae.es/?id=DxZ9aNj>

¹⁶⁸ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 397.

¹⁶⁹ “It is generally understood that directors owe the corporation and its shareholders two fiduciary duties: the duty of care and the duty of loyalty. The duty of care requires diligence”. VELASCO, Julian: The diminishing duty of loyalty. pp. 1036-1037.

No obstante, los deberes que se enuncian en la citada ley, son deberes generales que se predicen de una amplia gama de actividades mercantiles, por lo que habrá que ver en el caso particular el grado de infracción al deber que da lugar a la aplicación del precepto penal.

Por tratarse de un sujeto cualificado de quien se predicen unas características especiales, al administrador le asiste actuar permanentemente en interés y en beneficio de la sociedad atendiendo a los estándares de conducta, de la buena fe y el buen hombre de negocios, que impone un grado de diligencia y prudencia superior que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad¹⁷⁰, independientemente si se trata de un delito de naturaleza dolosa.

Las funciones del administrador se consideran amplias y suficientes para conducir los fines de la empresa conforme a su objeto social. Sin embargo, las facultades que se confieren no son ilimitadas y desproporcionadas, pues en todo caso los estatutos sociales y el objeto social las condicionan. Abusar de las funciones denota un sentido objetivo de desaprobación del riesgo, donde el sujeto (como buen hombre de negocios) en el ejercicio de sus funciones se extralimita contrario a lo fijado por disposiciones estatutarias o al objeto social, es decir el comportamiento trasgrede el límite delimitado para el correcto desempeño de las funciones que se conceden.

También, lo que resulta relevante en el marco del tipo objetivo, es analizar hasta qué punto puede entenderse como fraudulenta la conducta de disposición de los bienes del patrimonio social y, en qué momento esta trasgrede los niveles permitidos por el ordenamiento. De este modo, cabría entender que ciertas decisiones o prácticas riesgosas propias o naturales de la actividad mercantil son aceptadas¹⁷¹ por el orden jurídico y quedarían a lo sumo, dentro de la esfera del ilícito mercantil, incluyéndose también aquellos usos de los bienes que no logran afectar el bien jurídico protegido o carecen de lesividad penal:

“No habrá imputación objetiva cuando se produzcan disposiciones fraudulentas de bienes de mínimo valor, o se causen riesgos mínimos (principio de la insignificancia); por eso, “habrá exclusión solo de la tipicidad penal (pero no de la responsabilidad extrapenal: civil o mercantil para el administrador), en virtud del principio de insignificancia, en la causación de perjuicios mínimos, bagatelas, si hay un mínimo

¹⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123/06.

¹⁷¹ Los programas de origen anglosajón de *Compliance* en materia penal y los modelos de Gobierno corporativo, que vienen siendo incorporados en el derecho penal de la empresa, son sin duda instrumentos que permiten establecer los parámetros permitidos respecto a las actuaciones del administrador para cada sociedad, pues contribuyen a poder determinar con mayor precisión la infracción de deber característico de este tipo penal. Cfr. JARA DIEZ, Carlos: Aproximación a la influencia del Gobierno Corporativo sobre el Derecho penal económico. En: BAJO FERNANDEZ, Miguel (Dir.). BACIGALUPO, Silvina. GOMEZ JARA-DIEZ, Carlos (Coords.): Gobierno corporativo y Derecho penal. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2008. p. 156.

desvalor del resultado y de la acción, como en una disposición fraudulenta de bienes de escaso importe”¹⁷².

O dicho de otra manera por Martínez-Bujan¹⁷³:

“Los beneficios que estas actividades pueden reportar para la sociedad hacen que, si se mantienen dentro de determinados límites y si se respetan las susodichas medidas de precaución y de control, el Derecho las considere legítimas, aunque sean aptas para vulnerar el bien jurídico y aunque sean realizadas con conocimiento de esa aptitud”.

El acto desleal de disposición debe entenderse como aquella maniobra mediante la cual autor se vale de la cosa ajena para la consecución del fin ilícito sin integrarla a su propio patrimonio, no siendo definitivo el incumplimiento de la obligación de entregar o devolver, subsistiendo incluso, el ánimo de reincorporar los bienes al patrimonio social pues en definitiva no se trata de una conducta de apropiación. Como afirma Martínez Bujan, la conducta supone una distracción provisional, o unos usos temporales ilícitos compatibles con dicha obligación de entregar o devolver¹⁷⁴, pero con la suficiente entidad para causar un perjuicio en razón del abuso de las funciones del cargo que tiene conferidas el sujeto activo, que a su vez también expresa la condición fraudulenta de la conducta y supone la ruptura de las relaciones imprescindibles de confianza y fidelidad entre administradores y socios¹⁷⁵.

La doctrina¹⁷⁶ señala que la disposición fraudulenta de los bienes sociales supone:

“La utilización o aprovechamiento por los administradores, en beneficio propio o de un tercero, de los bienes que integran el patrimonio social sin que la sociedad obtenga compensación suficiente por ello y sin que tal disposición implique una actuación inherente al dominio con pretensión de excluir definitivamente al propietario del control sobre los mismos, es decir, sin que implique una apropiación de los mismos”.

En efecto, el acto de disposición no es definitivo sino temporal, de manera que no implica un dominio absoluto sobre los bienes; o son también actos de disposición parcial que no implican el dominio total, aunque con amplias facultades para

¹⁷² VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 823.

¹⁷³ MARTINEZ BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. p. 279

¹⁷⁴ MARTINEZ-BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial. p. 554.

¹⁷⁵ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 398.

¹⁷⁶ ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier (Dir.). MANJON CABEZA OLMEDA, Araceli. VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.): Derecho penal español, Parte especial (II), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. p. 745. Citado por: VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 820; también FARALDO CABANA, Patricia: Los delitos societarios. p. 570 citado por: LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 11.

constituir sobre los mismos derechos reales, gravámenes de garantía (hipoteca) o limitaciones al uso y disfrute como el usufructo o servidumbres; o sujeción de los bienes a derechos obligacionales o de crédito como el arrendamiento¹⁷⁷, lo que a fin de cuentas refleja una utilización o aprovechamiento de las facultades de dominio que tiene el sujeto activo sobre los bienes, que en todo caso no implican el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver.

También, Luzón Peña y Roso Cañadillas¹⁷⁸ sostienen, que los actos de disposición definitiva (como la venta) sin despojo total pero en condiciones desventajosas podrían significar una administración desleal, pues en todo caso, disponer, también comprende los actos de enajenación.

Lo que parece claro es que por tratarse de un concepto mixto objetivo-subjetivo, el acto de disposición de los bienes sociales debe ser fraudulento, siendo capaz de defraudar los intereses legítimos y expectativas de la sociedad con el consiguiente perjuicio para los mismos¹⁷⁹, pero por otro lado, al término *fraudulentamente* lo acompaña una connotación subjetiva marcada por la mala fe (no necesariamente engañosa)¹⁸⁰, pues basta para ser considerada como fraudulenta la actuación del administrador que no persigue el beneficio de la sociedad y los socios¹⁸¹. Lo que en cierta medida, permite caracterizar la actuación desleal del administrador como ilícita, pues se infringen gravemente normas y parámetros de conducta que presupone el ordenamiento jurídico en aras de mantener un correcto funcionamiento dentro de las estructuras societarias en el marco de una economía de mercado.

Sin embargo, el significado de disposición en la administración desleal ha dado origen a múltiples interpretaciones que dependiendo de cuál se acoja podrá llevar a resultados diversos, en tanto su similitud con la conducta del abuso de confianza y el acto de disposición de la estafa, ha supuesto algunos problemas que en su mayoría se dejan para la exposición del tercer capítulo.

El tipo penal exige que se actúe en beneficio para sí o un tercero, de manera que se busca excluir a la sociedad de la utilidad económica que le correspondería

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p.11.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 11.

¹⁷⁹ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 14.

¹⁸⁰ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 14. En el medio nacional, autores como Suárez Sánchez consideran que el dolo debe ir acompañado no solo de la mala fe sino también de engaño, falacia o mentira para llevar a cabo la conducta o para ocultarla luego de su realización SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 398. Lo que se estima incorrecto, pues como sostienen Luzón y Roso el carácter fraudulento implica desviarse únicamente de los intereses que persigue la sociedad, incorporar otros elementos torna más confusa la relación con otros delitos como la estafa.

¹⁸¹ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 14.

naturalmente. El sujeto debe dirigir su actuación a esa finalidad o perseguir el ánimo de obtener el provecho ilícito, en palabras del profesor Velásquez Velásquez¹⁸² el legislador está pensando en un acto de disposición en beneficio propio y perjuicio ajeno. No obstante, cabe aclarar en este punto, que si bien este elemento normativo, Suárez Sánchez lo incorpora dentro del tipo objetivo según se hizo referencia, este se ubica en el aspecto subjetivo del injusto como elemento subjetivo especial adicional al dolo y mantenerlo en el tipo objetivo es erróneo, aunque se trata de una cuestión que se abordará posteriormente en dicha apartado.

Finalmente, por tratarse de un delito de lesión debe analizarse que efectivamente se produzca el resultado material del perjuicio, en términos de imputación objetiva, que la creación del riesgo no permitido se concrete en el resultado típico; circunstancia que debe constatarse mediante la acreditación de la disminución o detrimento del valor económico del patrimonio o la ausencia de incremento patrimonial¹⁸³, cuestión que no deja presentar dificultades probatorias¹⁸⁴, pues en ocasiones no resulta fácil determinar que el detrimento o ausencia fue un resultado directo de la acción del sujeto activo, pues si se da un concurso de causas que motivan dicho perjuicio hay que precisar cuál de las fue la que en últimas produjo el resultado lesivo¹⁸⁵.

El perjuicio debe ser directamente causado (cabría pensar que los perjuicios indirectos quedarían excluidos¹⁸⁶) por una o ambas conductas y, desde el punto de vista patrimonial puede comportar tanto el daño emergente como el lucro cesante¹⁸⁷, pues la expresión *económicamente evaluable* permite inferir que debe tratarse de perjuicios cuantificables.

B. EL CONTRAER OBLIGACIONES

Esta conducta viene dada por la adquisición de obligaciones excesivas (cuya prestación podrá consistir en dar, hacer o no hacer), donde el sujeto activo obliga a

¹⁸² VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 820.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 398-399. Frente a la ausencia de incremento patrimonial, el autor pone como ejemplo, el administrador que destina los bienes de la sociedad a finalidades distintas a las trazadas por esta, dando lugar a la pérdida de valor de las acciones, pues los socios aspiran un beneficio que al desaparecerse disminuye una parte de su patrimonio. Otro caso que podría ilustrar el supuesto, es aquel administrador que realiza un elevado préstamo de dinero de la sociedad a un familiar suyo, sin exigir las garantías del caso o sin el interés legal, de manera que si lo reintegra el dinero habrá ausencia del incremento patrimonial, o si, por el contrario, no lo restituyere, causará un mayor agravio al patrimonio de la sociedad y sus socios. Cfr. SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 498.

¹⁸⁴ RIOS CORBACHO, José Manuel: Lección 5. Delitos societarios. p.144.

¹⁸⁵ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 399.

¹⁸⁶ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 822.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 822.

la sociedad por encima de lo establecido causando un menoscabo en su patrimonio. Esta modalidad de conducta puede manifestarse particularmente perjudicial, cuando no se han limitado o definido concretamente las funciones de los administradores como señala el artículo 196 del Código de Comercio:

“(…) A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros”.

La relevancia de esta norma mercantil para efectos jurídico-penales pone de relieve un eventual perjuicio patrimonial a la sociedad a causa del administrador que contrae obligaciones por encima de unos límites que no han sido formalmente prestablecidos, pues si la limitación de las facultades del administrador no ha sido establecida en el contrato social, y este en el marco de un contrato contrae obligaciones excesivas en nombre de la sociedad, la sociedad luego no podrá oponer frente al tercero la limitación a la facultad del administrador de celebrar dicho negocio jurídico, y por consiguiente el perjuicio será notable.

Contraer obligaciones en perjuicio de la sociedad implica asumir cargas en nombre de la sociedad que no corresponden a sus fines u objeto social (o lo desbordan), desligándola de cualquier utilidad para ella, y por el contrario pudiendo favorecer económicamente al sujeto activo o a un tercero. Como sostiene Bacigalupo al afirmar que: “el tipo del abuso se realiza contrayendo obligaciones a cargo de la misma, cuando el administrador o apoderados de la sociedad celebran negocios jurídicos que obligan a la sociedad con abuso de los poderes que le han sido otorgados, que le incumben según los estatutos o que se derivan de la ley”¹⁸⁸.

No se sanciona el mero hecho de contraer obligaciones a cargo de la empresa, sino en la medida que aquello desfavorezca directamente los intereses de los socios, o que la perjudique directamente: “Lo que se está sancionando en este caso, es el incremento del pasivo de la sociedad, en cuanto este pueda comprometer la existencia misma del ente económico o generar una carga para la empresa que dificulte el desarrollo del objeto social,”¹⁸⁹ o, en otras palabras, es hacer responsable

¹⁸⁸ BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. p. 426. El autor se refiere al tipo de abuso, pues dentro del supuesto del tipo de administración desleal distingue dos alternativas típicas radicadas en un tipo de abuso y un tipo de infidelidad.

¹⁸⁹ SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 499. Los autores ilustran esta modalidad de la conducta, mediante el ejemplo en que un gerente recién posesionado, incrementa los salarios en cuantías desmedidas de todos los directivos, incluido el suyo, al punto de afectar las utilidades del ejercicio y la distribución de dividendos de los socios.

a la sociedad de deberes u obligaciones que aumentan su pasivo con abuso de las funciones propias del cargo¹⁹⁰.

Señala Velásquez Velásquez¹⁹¹, que esta conducta como bien se dijo al inicio del anterior acápite puede quedar perfectamente englobada dentro de la disposición fraudulenta con abuso de las funciones propias del cargo, pues para contraer obligaciones debe existir como mínimo disposición sobre aquello que se vaya a comprometer, y facultades para hacerlo. Por ejemplo, no cualquier empleado dentro de la estructura jerárquica de la empresa puede obligar a esta por la suma de dos millones de pesos y, así mismo disponer de los bienes que componen el patrimonio de la sociedad; condiciones que solo concurrirían en un sujeto calificado.

Aunque importantes autores como Luzón Peña y Roso Cañadillas, sostienen que la conducta no implica siquiera disposición de bienes y derechos reales, sino solo endeudamiento (excesivo y abusivo) de la sociedad¹⁹², desde una concepción mixta del patrimonio, las obligaciones representan un valor económicamente transable protegido jurídicamente, por lo que se considera que ambas conductas típicas no se encuentran del todo desligadas, y por ello cabría entender el contraer obligaciones como un rasgo también adjunto a la disposición.

Piénsese como ejemplo paradigmático, en el administrador o directivo de la empresa que realiza la venta de un bien inmueble cuyo propietario es la sociedad, omitiendo (o encubriendo) su declaración a la sociedad y a sus socios, hecho que evidencia, por un lado, su disposición fraudulenta, y por otro, está contrayendo obligaciones lesivas en nombre de la sociedad (la obligación de entrega al comprador).

C. COMISIÓN POR OMISIÓN

Sin lugar a duda, una de las cuestiones más problemáticas (e interesantes) en la teoría jurídica del delito, ha sido la comisión por omisión u omisión impropia, institución que trasladada al ámbito penal empresarial no deja de plantear retos para la dogmática, pues se pregunta, cómo podría atribuirse al sujeto activo como si lo hubiera causado, un resultado que aunque no causó directamente tampoco evitó – estando jurídicamente obligado y con capacidad física de hacerlo– que aconteciera. Y, como argumenta Roxin, en las omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos

¹⁹⁰ VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 821.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 821.

¹⁹² LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. pp. 14-15.

de infracción de deber,¹⁹³ lo que necesariamente repercute en el tratamiento sobre formas de autoría y participación.

Lo anterior, constituye en últimas, un problema fundamental que no corresponde tratar en profundidad en este estudio, sino brindar un mero esquema en relación con la administración desleal.

Un sector doctrinario sostiene, que el tipo penal consagra dos modalidades predominantemente activas y que por ello no cabría el comportamiento omisivo¹⁹⁴, empero, otro sector de la doctrina –para casos extraordinarios– manifiesta que habría lugar a predicar la comisión por omisión en algunos casos concretos, porque si bien en la omisión desde el plano ontológico, esta no tiene un vínculo causal con el resultado que ha sido desencadenado por un factor externo, el resultado es imputable objetivamente por su no evitación a quien tenía el deber jurídico de hacerlo, debiéndose establecer necesariamente una equivalencia –estructural y material– con la comisión activa. En este caso el garante (quien ostenta el deber jurídico de evitación) con su omisión permitiría que acontezca el resultado material o el perjuicio económicamente evaluable para los socios, otorgándose una caracterización o alcance especial a las conductas típicas, pese a su connotación activa.

La doctrina mayoritaria¹⁹⁵ en España ha sostenido que los verbos rectores del tipo –disponer y contraer– con abuso de las funciones del cargo, denotan un claro sentido activo, de manera que no resulta tan claro como pueden equipararse las modalidades típicas con el comportamiento omisivo, y aunque si bien por razón del cargo existe una posición de garantía radicada en el deber específico de no producir perjuicios a la sociedad o a los socios¹⁹⁶ aquello no permite sostener una equivalencia estructural entre el hacer activo y la omisión, sosteniendo que: “aunque el administrador sería un garante, su dejadez, su omisión no equivale a las conductas típicas que, además de exigir abuso de función, parecen activas: disponer de bienes o contraer obligaciones”¹⁹⁷.

Por otra parte, los verbos típicos que consagra la norma pueden ser valorativamente amplios, por lo que dependerán de la interpretación normativa que se les dé para

¹⁹³ ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 497.

¹⁹⁴ VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 822.

¹⁹⁵ Autores como Bajo Fernández, González Cussac, Mata y Martín, Queralt Jiménez, Faraldo Cabana, entre otros rechazan que las conductas típicas de la administración desleal puedan producirse con la omisión, véase: LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 16.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 16.

¹⁹⁷ Ricardo Mata y Martín en: Empresa y Derecho Penal (I), 1999, pp. 348 y ss.; Joan J. Queralt Jiménez, Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., 2010, pp. 594 y ss. Citado en: DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación p. 29.

efectos de equiparar la omisión con el hacer activo, podría entenderse respecto al verbo *disponer* una acepción diferente o extensiva frente al ejercicio de facultades de dominio, de enajenar o gravar, y extenderla a supuestos de *dilapidar no sacando el mayor beneficio y frutos de la cosa*¹⁹⁸. Aunque considerándose esta segunda, excesiva y forzada, siendo el primer sentido más adecuado para la mayoría de los casos, pero que no daría lugar a predicar la comisión por omisión.

Excepcionalmente, puede admitirse la modalidad omisiva para aquellos casos en que la pasividad del sujeto activo tenga los mismos efectos que la disposición activa de los bienes¹⁹⁹. Por ejemplo, el administrador que omite denunciar –pese a tener directrices de terminar el contrato– al arrendatario que obtiene una prórroga automática de un arrendamiento de bienes de la sociedad, frustrando un importante negocio sobre los bienes dados en arrendamiento; o el sujeto activo que conscientemente no interrumpe que terceros adquieran indebidamente la propiedad de un bien de la sociedad por prescripción adquisitiva.²⁰⁰

Frente al contraer obligaciones, si bien la interpretación restrictiva de la norma indicaría que es aquel compromiso (perjudicial en este caso) que se asume activamente en virtud de un acto o negocio jurídico, y que a su vez origina una prestación a cargo de la sociedad, constituyéndose esta como parte deudora, también cabría incluir el supuesto en que se deja subsistir una obligación preexistente²⁰¹. No obstante, frente a esta última se ha replicado que el verbo rector se limita a contraer obligaciones nuevas y no preexistentes, de manera que no habría equivalencia.

Aunque podría pensarse para esta modalidad de conducta, un ejemplo extraordinario de comisión por omisión, donde el administrador que pudiendo pagar una deuda a cargo de la sociedad incurre en mora, de forma consciente o deliberada, generando así, una obligación de indemnizar que correspondería a una obligación nueva²⁰².

En este evento, puede apreciarse que la omisión origina obligaciones lesivas para la sociedad, y es la absoluta desidia, mala fe e inactividad lo que perjudica directamente el patrimonio de la sociedad y los socios, omitiéndose el deber jurídico de actuar, cumplir o realizar acciones de salvaguarda cuando se tiene la capacidad

¹⁹⁸ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 16.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 17.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 17.

²⁰¹ DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. p. 29; LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 16.

²⁰² *Ibíd.*, p. 17; VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 822.

de hacerlo, lo que daría lugar a la atribución del resultado mediante la comisión por omisión pudiendo equipararse estructural y materialmente con el hacer positivo; o como afirma Bacigalupo, que la obligación bien puede contraerse por una omisión, por ejemplo, en los casos en los que, según las condiciones del contrato, el silencio significa conformidad²⁰³.

Así las cosas, se considera que la comisión por omisión únicamente procede para casos excepcionales y no resulta siempre improcedente, siempre que concurren los criterios de imputación de administración desleal, la posición de garantía del administrador, y el comportamiento omisivo puede ser equiparado al hacer activo en el sentido del artículo 25 del CP.

La propuesta de equivalencia de Luzón Peña y que acoge Díaz y García Conlledo²⁰⁴, permite atribuir el resultado únicamente para aquellos casos en que:

“La propia omisión, desde un punto de vista socio-normativo, cree el riesgo de producción del resultado o lesión del bien jurídico, o, lo más frecuente, que, cuando ese riesgo exista previamente, pero esté controlado (se dé socio-normativamente por controlado) o sea abstracto, sea la propia omisión la que lo descontrola o concrete de forma determinante (en la autoría, pues en la participación por omisión o en comisión por omisión la equivalencia implica, lógicamente, algo distinto)”.

2.2.4. ITER CRIMINIS: ESPECIAL REFERENCIA A LA TENTATIVA

Existe unanimidad en la doctrina en considerar que al tratarse de un delito de resultado, de *lege lata* se admite la modalidad tentada de clase acabada o inacabada²⁰⁵, aunque existen algunas construcciones académicas dispares respecto a la consumación del delito y al momento en qué cabría afirmar la tentativa.

El tipo penal parece claro respecto a la consumación del delito, al señalar que el resultado material se produce en el instante que se ocasione el perjuicio directo al patrimonio de los socios con ocasión de la infracción al deber de lealtad y el abuso de las funciones del cargo, no siendo necesaria la obtención del beneficio para sí o para un tercero.

De no producirse este daño, sea porque la conducta dolosa dirigida a causar el perjuicio no logra concretarse en el resultado, bien porque el sujeto es irrumpido en la fase ejecutiva inicial o bien porque pese a realizar todos aquellos actos idóneos para la causación del resultado no se produce por circunstancias ajenas a su

²⁰³ BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. p. 426

²⁰⁴ DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. p. 30.

²⁰⁵ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 26.

voluntad, en ambos casos podrá afirmarse una tentativa del delito en los términos del artículo 27 del CP.

En España, la doctrina y la jurisprudencia²⁰⁶ han afirmado que para la consumación del delito basta la causación del perjuicio directo al patrimonio de los socios excluyendo la necesidad de obtención del beneficio, bastando únicamente el actuar con dolo o la intencionalidad de obtener tal beneficio, interpretación que agotaría la realización del tipo subjetivo:

“En cuanto se produzca el perjuicio, hay consumación, y es irrelevante (salvo para la determinación concreta de la cuantía de pena y para la responsabilidad civil cuando proceda restitución y reparación del daño) si además se obtiene o no el beneficio propio o de tercero perseguido por el autor, lo que pertenece únicamente a la fase de terminación o agotamiento”²⁰⁷.

Velásquez Velásquez²⁰⁸ también se adhiere a la opinión de la doctrina mayoritaria en España, entendiendo la administración desleal como un delito de resultado cortado, lo que implica que se consuma sin la necesidad de que se obtenga o se produzca el beneficio propio o de un tercero, basta que se actué con el ánimo de obtenerlo²⁰⁹ y se produzca el perjuicio a los socios.

Un sector tal vez minoritario ha considerado que el legislador colombiano (tal vez a diferencia del español), entiende el resultado material o la consumación, compuesta por dos elementos inescindibles o exigencias típicas, (1) la causación directa del perjuicio económicamente evaluable a los socios y, (2) la obtención de un beneficio para sí o para un tercero.

²⁰⁶ La jurisprudencia del Tribunal Supremo español parece tener consolidada la posición respecto a la consumación del delito, como bien lo evidencia la sentencia STS 162/2013 del 21 de febrero de 2013. M.P. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro: “Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a dónde se han dirigido: basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función”.

²⁰⁷ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 26.

²⁰⁸ VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 824.

²⁰⁹ De esta opinión, también Sequeros Sazatornil y Dolz Lago sostienen que las hipótesis de administración desleal dirigidas al logro del doble objetivo normado que entrañando peligro no lleguen a generar un perjuicio a los sujetos pasivos recogidos en el precepto, podrán ser castigadas con la pena inferior en grado de tentativa, situando el momento consumativo en el instante en que se causa directamente el perjuicio patrimonial. SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ-LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. p. 630.

Para que se produzca el resultado deberán acreditarse necesariamente ambos elementos, según Suárez Sánchez, para quien²¹⁰:

“No basta con que el sujeto actué con la finalidad de obtener el lucro, porque no se trata de un elemento especial subjetivo. La fórmula empleada por el legislador exige que el provecho se haya tenido para tener por consumado el delito, de modo que si el mismo no se logra la conducta típica solo da lugar a la tentativa”.

Esto supondría, que no basta con que el sujeto activo actué con la finalidad de obtener el lucro para desarrollar el tipo subjetivo, sino que efectivamente lo obtenga, es decir lo ingrese a su patrimonio (cuestión que sin duda presenta dificultades probatorias). Bajo este argumento, la modalidad tentada vendría dada por la efectiva lesión al patrimonio de los socios, pero sin lograr obtener el lucro económico por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Como sostiene también Velásquez Velásquez, la deficiente redacción legal da lugar a diversas construcciones dogmáticas, como la sostenida por Suárez Sánchez en el medio nacional y en España por Álvarez García que entiende el beneficio propio o a favor de un tercero como un segundo resultado típico (adicional al perjuicio directo) pues el autor debe favorecer sus propios intereses o los de un tercero, por lo cual es requerido un beneficio para alguien, y sin esta exigencia típica el delito no estaría consumado²¹¹.

Si bien la norma contiene un elemento normativo que califica la acción, como lo es el provecho ilícito para sí o para un tercero, la fórmula del legislador colombiano parece orientarse en la misma línea de la doctrina mayoritaria en referencia al tipo español, en el sentido en que el fin mismo de protección de la norma se concentra en la protección al patrimonio de los socios ante conductas desleales que puedan menoscabar el mismo sin importar si el sujeto activo obtuvo el lucro económico ya lo reflejan por si solo el desvalor de las conductas de disposición fraudulenta o la de contraer obligaciones lesivas.

Lo anterior, lo expone la sentencia STS 655 de 2010 del 13 de julio de 2010 del Tribunal Supremo español M.P. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre al afirmar que:

²¹⁰SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 398. Aunque más adelante en esta misma obra, el autor señala que: “se trata de un delito de resultado porque la misma ha de producir un beneficio para el autor o un tercero y causar de manera directa perjuicio económico a los socios. Si dicho daño no se causa se está ante una tentativa de delito”. Argumento que resulta bastante confuso y no permite comprender a cabalidad la postura del autor respecto al lugar de la tentativa en el delito. *Ibid.*, p. 400.

²¹¹VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. p. 824.

“El delito es de resultado en su sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones. El resultado es un "perjuicio económicamente evaluable", entendiendo por "perjuicio" tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. "Económicamente evaluable" significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial”.

De este modo, si el sujeto activo en la fase de ejecución del delito dispone fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de esta, con el fin obtener beneficio para sí o para un tercero, causando un perjuicio económicamente evaluable a los socios –la despatrimonialización de la sociedad o la ausencia de incremento posible y esperado–, pero no obtiene tal provecho, el delito ya se entenderá consumado, en la medida en que el bien jurídico tutelado ya ha sido lesionado por la conducta activa u omisiva del sujeto, infractora de los deberes de lealtad y fidelidad y, en últimas esto es lo que el tipo penal busca prever.

Cabe manifestar, que la punición en el grado de tentativa del delito de administración desleal podrá plantear cuestiones discutibles en el ámbito de conveniencia político-criminal, pues en los casos de haberse creado una situación evidente de peligro para el bien jurídico, que no supone la concreción del resultado ¿debe sancionarse penalmente? ¿Un delito de resultado se transforma en un delito de peligro?²¹²

Lo que debe afirmarse es que, si en la fase ejecutiva, la conducta – la infracción grave del deber de lealtad– cuenta con la suficiente entidad para poner en riesgo el bien jurídico protegido, pero no alcanza a causarse el perjuicio directo a los socios, esto deberá ser penado en modalidad de tentativa que supone un menor grado de punibilidad. Lo que se reprocha penalmente es la voluntad dolosa del sujeto encaminada a la realización frustrada del daño patrimonial abusando de las funciones del cargo y violentando los deberes que le asisten en virtud de su posición dentro de la empresa.

Y si bien, como fue ya puesto de relieve en líneas anteriores, el hecho de que la redacción legal permita interpretaciones dogmáticas diferentes que darían lugar a diversas consecuencias, lo que si debe afirmarse es que no puede admitirse que al mismo tiempo el componente del beneficio para sí o para terceras personas que es

²¹² Sobre estas interrogantes que escapan el campo de estudio de este trabajo, pero resultan de suma importancia, conviene revisar especialmente el paradigma del “Derecho penal de la Seguridad” que pone de relieve el profesor alemán Kindhäuser en su artículo: KINDHAUSER, Urs: Derecho penal de la seguridad. Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo en: Cuadernos de Derecho penal, febrero de 2014. p. 13 – 26.

exigido por el tipo, opere al mismo tiempo como un elemento subjetivo y como segundo resultado típico²¹³.

Finalmente, un ejemplo que ilustraría la tentativa en el delito de administración desleal, sería el administrador de una sociedad comercial que celebra un contrato de elevada cuantía con un tercero, contrayendo obligaciones bastante lesivas para la empresa. Si el objeto contractual no ha sido ejecutado (o el contrato es nulo) habría sin duda una puesta en peligro del bien jurídico, que daría lugar a penarse en modalidad de tentativa. Si, por el contrario, el contrato ha comenzado a ejecutarse causando un perjuicio directo (piénsese en una disminución considerable de los activos sociales) aquí es evidente que se trata de un delito ya consumado. Lo que resulta punible es la despatrimonialización de la sociedad que indirectamente afecta a los socios independientemente de que el administrador se enriquezca o haya obtenido un beneficio para sí o un tercero.

2.2.5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las cuestiones relacionadas con la autoría y participación en el delito de administración desleal podrían situarse en el acápite del sujeto activo, pues los autores del delito podrán ser el administrador de hecho o de derecho, el socio, directivo empleado o asesor. Sin embargo, debido a su complejidad se opta por tratarlas por separado. Y aunque existan interesantes puntos dogmáticos que conviene abordar, abordarlos en su totalidad excedería el objeto de este trabajo; básicamente se estudia el criterio a partir del cual debe fundamentarse la autoría en el delito de administración desleal y si dicho criterio es compatible en el marco de la legislación colombiana.

En la actualidad, la teoría de la autoría y participación se ha movido fundamentalmente en torno a tres criterios que, de acuerdo con la descripción típica, permiten vincular la realización del hecho con el sujeto, dicho problema podrá establecerse dependiendo si se trata de un delito de dominio del hecho, de infracción de deber o especial mixto.

Los conceptos de autoría y participación en Colombia se encuentran en los artículos 28 y ss. del Código penal, que determinan que el autor del delito es quien realiza la conducta punible de manera consciente y voluntaria, siendo los partícipes el determinador y el cómplice.

Así mismo se halla en el artículo 30, la figura del interviniente ideada para aquellos casos de sujetos que no reuniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurren en su realización. Todo esto evidencia un criterio restrictivo de autoría y

²¹³ VELASQUEZ, VELASQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano. 824-825.

participación en contraposición al unitario del anterior Código Penal de 1980, lo que ya establece un marco normativo como punto de partida.

De lo anterior es conveniente señalar, que por tratarse de un delito especial, los sujetos que no cumplan con las condiciones que señala la norma, no responderán como autores del hecho punible sino en calidad de partícipes (cómplice, determinador o interviniente) en concordancia con el principio de legalidad. Por lo tanto, al tratarse de un delito especial solo será autor el sujeto cualificado²¹⁴. Dice la sentencia C-015 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger de la Corte Constitucional:

“Para el caso de los delitos especiales, o de sujeto activo calificado, la responsabilidad a título de autor (o coautor si son múltiples personas) radica en la infracción de un deber especial, por lo que solo es posible si el sujeto que realiza o concurre a la realización de la conducta punible tiene las calidades exigidas por el tipo penal.”

La anterior fundamentación ha sido una cuestión generalizada (y debatida) tanto en la doctrina como jurisprudencia. Como lo pone de manifiesto la profesora Torres Cadavid, la autoría no puede conducirse a los sujetos cualificados por el mero hecho de tratarse de delitos especiales, pues ello no es suficiente para delimitar el ámbito de lo punible ya que si bien, puede reducirse a una sola clase de personas muy determinadas o bien ampliarse con criterios más laxos y en todos los casos será un delito que únicamente pueden cometer determinadas personas²¹⁵.

Si bien resulta claro, que el delito de administración desleal exige un sujeto activo cualificado que no puede ser cualquier persona, a diferencia de los delitos comunes como puede ocurrir con la estafa o en el abuso de confianza, lo que viene condicionado en su mayoría por la redacción de los tipos penales; la principal cuestión es hallar el criterio de imputación jurídico penal de la condición de autor, esto es, si se trata de un delito de dominio del hecho, teoría ampliamente desarrollada por Roxin que, a grandes rasgos sostiene que autor es la figura central del acontecer en forma de acción²¹⁶, quien realiza de manera libre todos los elementos del tipo de propia mano tiene el dominio del hecho²¹⁷, y es por tanto autor

²¹⁴ Aunque autores como Bacigalupo defienden que también podría tratarse de un delito común, en el caso del administrador de hecho que carece de la cualificación jurídica de administrador. BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. p.421.

²¹⁵ TORRES CADAVID, Natalia: La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del Art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro. p. 64.

²¹⁶ ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. p. 44.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 151. No se abordan todos los ámbitos que incluye la teoría del dominio del hecho, cabe decir, que el autor formula tres formas en las que se presenta el dominio: dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional. Para el caso concreto, se aborda desde el ámbito del dominio de la acción: “No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano”.

–el sí y el cómo sobre el fundamento del resultado–, mientras que participe es quien presta una ayuda o brinda un apoyo de importancia secundaria para la realización del tipo. No obstante, dicha construcción no ofrece una definición concreta de quien es autor o participe, sino que es una descripción que puede ajustarse según la naturaleza del caso, por tanto contiene elementos objetivo-subjetivos²¹⁸, se trata de un concepto abierto de autor.

Por su parte, la teoría de la infracción de deber (desde la concepción de Jakobs), a diferencia del dominio del hecho es un criterio puramente normativo, pues será autor quien infringe un deber especial que por razón de su rol social está llamado a cumplir (trátase de un servidor público o de un agente de policía), de manera que es autor quien quebranta el rol asignado por una competencia institucional, participe será quien colabora (o induce) en la trasgresión de ese rol, pero en ningún caso quien ayuda al ilícito podrá responder como autor pues no tiene el deber institucional.

Por su parte Roxin, que si bien, se orienta al fundamento de la institución del dominio del hecho, también acepta la teoría de los delitos de infracción de deber para aquellos supuestos en que no resulta aplicable, lógicamente, el dominio del hecho, como puede ocurrir con algunos delitos especiales que los fundamenta exclusivamente el quebranto de un deber jurídico extrapenal²¹⁹. En el contexto del artículo 250B, únicamente sería autor quien infringe el deber que le incumbe de salvaguarda del patrimonio ajeno, y quien, no siendo sujeto de ese deber, aun dominando el curso del suceso, solo responderá como participe²²⁰.

En los últimos años, especialmente en el tratamiento de los delitos económicos se ha propuesto un criterio de naturaleza mixta con elementos propios de los delitos especiales de infracción de deber como con elementos propios de los delitos de dominio²²¹. Tal vez en su mayoría, esta teoría se ha construido en la doctrina del delito de defraudación tributaria del derecho español, pero para efectos de explicar la imputación en la administración desleal, es perfectamente útil. Fundamentalmente, este criterio propone definir no solo la ilicitud del delito especial a partir de la infracción de un deber extrapenal, sino también exigir una posición de dominio en relación con la vulneración del bien jurídico, puesto que la infracción del deber jurídico extrapenal si bien delimita el círculo de autores no fundamenta el injusto, es requerido el dominio del hecho²²².

²¹⁸ SALAZAR MARÍN, Mario: Autor y participe en el injusto penal. p. 131-137.

²¹⁹ El StGB alemán que consagra un tipo penal de infidelidad –*Untreue*– sustancialmente distinto, impone el deber jurídico de velar por la integridad del patrimonio, y de acuerdo con esto, la autoría estaría determinada por la infracción de ese deber. Cfr. ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 385.

²²⁰ *Ibíd.*, p. 385.

²²¹ TORRES CADAVID, Natalia: La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del Art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro. p. 75.

²²² *Ibíd.*, p. 76-78.

Quienes defienden la teoría de la administración desleal como delito especial de dominio (o propio) consideran como autor *–intraeus–* a aquel que realiza materialmente las funciones de disposición fraudulenta o de contraer obligaciones lesivas, de modo que ostentar el mero título²²³ de administrador o alguna otra de las categorías del tipo no es criterio suficiente para ser autor del delito²²⁴, sino que deberá ostentar el dominio sobre el hecho. En caso contrario, podrá ser a lo sumo participe *–extraneus–* siempre que concurren los requisitos de la participación. Por ejemplo, “el hombre de paja” que figura como administrador de la sociedad, pero no tiene a su carga verdaderas funciones de administración²²⁵, solo podrá responder – en virtud de la accesoria la participación limitada– cuando su aporte contribuye de manera relevante a la realización del injusto.

Esta postura entiende, que los sujetos que se mencionan en la norma no se encuentran obligados con anterioridad a la configuración de la norma penal, lo que hace el tipo es limitar el mandato a cierta clase de sujetos caracterizados por ejercer funciones que implican dominio dentro del ámbito de protección de la norma²²⁶, y como se expuso anteriormente, no es el estatus o título, sino el dominio lo que fundamenta la atribución de responsabilidad, pues no se trata de una vinculación especial del administrador con el patrimonio de los socios que le imponga una concreta obligación jurídica-societaria de velar por la integridad y productividad del mismo, sino de un deber genérico que busca evitar el abuso de las funciones propias del cargo y ocasionar con ello un riesgo no permitido. Lo que permite hablar de un delito especial, no es la mera calidad del sujeto –o si se quiere una competencia institucional radicada en él–, sino la posibilidad efectiva de vulnerar el bien jurídico²²⁷ en tanto pueda dominar las facultades de disposición de bienes y de contraer obligaciones según se exigen. Así lo expone Martínez-Bujan²²⁸:

“(…) ello no autoriza a hablar de una vinculación especial (institucional) del administrador con el patrimonio de la empresa, en el sentido antes apuntado, o sea una vinculación de esferas de organización que le obligue velar por su integridad y productividad, sino

²²³ “No todos [los sujetos] tienen la capacidad efectiva de incurrir en el tipo por la sola cualificación establecida en la norma, siendo necesario que estén efectivamente autorizados por la ley o por los estatutos para realizar actos de disposición sobre el haber societario y que tenga delimitados los campos de actuación en lo que tiene que ver con el manejo de los bienes de la compañía”. SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco: El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. p. 492.

²²⁴ “...no convierte sin más al sujeto en autor del delito societario si éste se produce, sino que es preciso que materialmente realice esas funciones disponiendo de bienes o contrayendo obligaciones a cuenta de la sociedad.” DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. p. 23.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 23.

²²⁶ MARTINEZ BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. p. 562.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 562.

²²⁸ *Ibíd.*, p. 562.

simplemente de un deber genérico de evitar que el administrador abuse de las facultades organización que tiene sobre el patrimonio de la sociedad y que ocasione con ello un riesgo no permitido”.

Como ya se ha dejado entrever, no se defiende un criterio de infracción de deber puro, pues la norma no se orienta exclusivamente a sancionar la mera afectación del patrimonio sino que es necesario vincular dicha lesión en relación a un sujeto que tiene conferidas facultades de administración, de manera que no es posible atribuir responsabilidad únicamente a partir de la caracterización de una especial relación entre el autor y el bien jurídico que depende del estatus del autor²²⁹.

Aunque se trate de sujetos que incumplen deberes que provienen de sus cargos, ello no es suficiente para imputar el resultado, el incumplimiento del deber debe fundamentarse en un criterio valorativo-descriptivo adicional que le proporcione mayor contenido al injusto.

Antes, vale aclarar, que no deben confundirse el medio comisivo²³⁰ (u omisivo) del delito y el título de imputación del mismo, es decir, una cosa es que para que se lleve a cabo la realización del hecho punible deba infringirse un deber jurídico generalizado en diferentes instrumentos jurídicos que crea o aumenta el riesgo permitido²³¹ y otra diferente es fundamentar el concepto de autor del delito sobre la base de la infracción de un deber especial puro, o de una valoración de los deberes previstos en las normas cuya infracción se atribuye al imputado²³².

Dicho esto, se considera que un primer elemento que decide sobre la autoría lo constituye la infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito pero que es necesaria para la realización del tipo²³³, es decir, en efecto al administrador lo obliga un deber general de buen manejo y gestión de la sociedad pero con la ulterior exigencia, de que el sujeto pueda dominar la realización delictiva, pues no solo debe tener el deber sino que efectivamente pueda tener control sobre la producción del resultado típico, que pueda concretamente disponer de bienes o contraer obligaciones de manera que ello sea lo que se materialice luego en la lesión del bien jurídico.

Es que si se parte, de que la trasgresión del riesgo permitido radica fundamentalmente en el abuso de las funciones del cargo, funciones que deben ser desempeñadas con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, el desvalor a efectos de establecer el título de imputación solo puede hacerse

²²⁹ BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo código penal. p. 419.

²³⁰ “No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito.” ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. p. 385.

²³¹ MARTINEZ BUJAN, Carlos: Derecho penal económico. Parte especial. p. 569.

²³² RIGHI, Esteban: Administración desleal y corrupción., p. 8.

²³³ ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. p. 385.

sobre individuos que por la naturaleza de sus cargos tengan facultades para administrar, es decir, el administrador responde como autor cuando infringe el deber jurídico basado en la no evitación de riesgos no permitidos, infracción que se concreta abusando de las funciones del cargo, el término abuso en este contexto presupone el dominio como posibilidad de vulnerar el patrimonio de la sociedad. La sola infracción del deber no es fundamento para atribuir el resultado²³⁴.

Por otro lado, es factible pensar en la distribución del trabajo necesario entre dos o más personas para llevar a cabo las conductas típicas desde la teoría del dominio del hecho, no parece posible dividirse el deber que surge de la norma que infringe un autor que comete una administración desleal²³⁵, por lo que no podría presentarse la coautoría (propia o impropia) sino a lo sumo predicar responsabilidades individuales en los eventos que confluyan varias personas.

Los supuestos de acuerdos colegiados (que pueden dar lugar a la comisión del delito) que aunque si bien existe un deber general de tomar las decisiones adecuadas para el desarrollo de los fines de la empresa en cabeza de los miembros de la Junta, todo ello puede explicarse conforme al postura expuesta, pues en todo caso subsisten posiciones de dominio para realizar determinadas operaciones que condicionan u obligan a la sociedad²³⁶, mediado por la infracción de un deber general.

Los acuerdos colegiados podrían suponer una ejecución ya del hecho o un comienzo en su ejecución, sea que la adopción misma del acuerdo implique el contraer obligaciones a cargo de la sociedad o una inducción del delito, sea que el mismo deba pasar por un administrador libre y responsable que ejecute lo allí consignado, y en ese evento, los miembros de Junta responderían en calidad de determinadores (y el administrador como autor), así como en el primer supuesto cabría mirar si los miembros responderían en calidad de coautores según el caso, pues como sostiene Díaz y García Conlledo, “en el Derecho penal hay que atender al sentido y efecto material de la conducta del miembro del órgano”²³⁷. De manera que lo que debe atenderse es a la situación concreta y el papel que desempeña el sujeto en el hecho, y así para fundamentar el injusto debe constatarse por un lado el quebranto del deber y el efectivo control sobre el fundamento del resultado, pues si bien al miembro de la Junta le compete un deber de tomar las decisiones

²³⁴ El profesor Díaz y García Conlledo se ha mostrado crítico de la interpretación extensiva que se le ha dado a los delitos especiales como delitos de infracción de deber, postura que es compartida en este trabajo, se refiere al respecto: “me parece difícil la admisión generalizada de esta categoría en cuanto a veces el tenor literal posible (y, por lo tanto, las exigencias del principio de legalidad) no permiten interpretar de ese modo la autoría. Ello tiene fácil solución legal: redáctense de manera adecuada los tipos”. *Ibíd.*, p. 21.

²³⁵ RIGHI, Esteban: Administración desleal y corrupción. p. 8.

²³⁶ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. p. 22.

²³⁷ *Ibíd.*, p. 28

adecuadas conforme a los estatutos y al objeto social, debe ostentar un poder de control sobre la decisión a adoptar, lo que debe analizarse en la situación particular. Ello implica dejar de lado los criterios formales del derecho comercial como, por ejemplo, haber votado en contra o no haber estado presente en la reunión, en esos casos, debe irse más allá para efectos de atribuir responsabilidad penal y determinar si materialmente la conducta es atribuible en comisión por omisión o sirve para facilitar la comisión del delito²³⁸.

De esta forma, se considera que la postura adoptada se mantiene coherente con el tratamiento de autoría y participación del CP colombiano, contrario sería sostener una teoría de la infracción del deber puro que no se estima consecuente con el artículo 250B. El círculo de sujeto activos debe tratarse como indicativo de una posición dentro de la empresa con facultades para disponer de los bienes o contraer obligaciones, y en especial si se tiene en cuenta que la figura del administrador de hecho por su propia naturaleza no lo vincula un deber jurídico especial, sino la asunción de las funciones *de facto*.

Pese a lo anterior, cabe retomar una idea expuesta en el segmento de la comisión por omisión, pues como sostiene Roxin los delitos comisivos que admiten la realización omisiva poseen una bipartición, en el sentido que de ellos se desprende la posibilidad de autoría vía dominio del hecho cuando se trata de un hacer activo y por el contrario cuando se da por la vía omisiva será necesariamente un delito de infracción de deber; deber de evitación que surge de la no realización de la acción que el administrador podía y debía evitar. Sostiene el autor²³⁹:

“En las omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber, de manera que todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto que son comisivos por omisión, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de infracción de deber, y por eso, en función de si se trata de un hacer o de un omitir, están sujetos a una delimitación, completamente distinta, de las formas de participación.”

Finalmente, cabe precisar, que frente al inciso 3º del artículo 29 del Código Penal sobre la figura del actuar por otro –por tratarse de un delito especial–, la naturaleza de la administración desleal dispone que el delito es cometido por un sujeto dentro de la estructura de la empresa en contravención a las funciones propias de administración²⁴⁰ y no en representación o en nombre de la sociedad, y por esto, dicha figura no sería de utilidad como criterio extensivo de autoría.

En los supuestos de autoría mediata e inmediata señala Díaz y García Conlledo:

²³⁸ *Ibíd.* p. 28

²³⁹ ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. p. 497.

²⁴⁰ GARCIA CAVERO, Percy: La administración fraudulenta de persona jurídica en: Libro Homenaje a Domingo García Rada, Arequipa: Editorial Adrus, 2006, p. 245.

“Los casos en que, coaccionado o engañado por un sujeto de atrás; en este caso, el administrador de Derecho es el autor inmediato (o, en terminología al uso, directo) del hecho, responsable o no según el efecto de la coacción o el engaño, y el sujeto de atrás es un autor mediato, que normalmente actuará como administrador de hecho (a través del otro)”²⁴¹.

O, en los casos en que el *extraneus* conozca las consecuencias de su conducta, lo explica Suárez Sánchez²⁴²:

“[...] que el sujeto cualificado utilice como instrumento a un extraño para que cumpla la disposición fraudulenta de los bienes, con conocimiento por parte del *extraneus* del alcance de su conducta, supuesto en él se da la autoría mediata por parte del *intraneus* y la complicidad del *extraneus*, quien actúa como instrumento doloso no cualificado”.

Es cierto que el tema no se agota en este apartado como se dijo al principio, su propósito es ofrecer el planteamiento de los problemas que puede suscitar y que evidentemente se dejan muchas cuestiones al margen, por otro lado, deberá esperarse a que la jurisprudencia colombiana se aproxime al tema, y pueda comprenderse en profundidad la voluntad del legislador, que puede no coincidir con la que se pone de manifiesto.

2.3. EL TIPO SUBJETIVO

Del tenor literal de la norma se infiere que se trata de un delito doloso de acción u omisión (excepcionalmente, como ya fue señalado), por tanto es necesario el conocimiento y la voluntad de realizar todos los elementos del tipo²⁴³. Adicional al dolo cabría suponer otros elementos subjetivos especiales distintos, pues la redacción del tipo incluye que la conducta se realice “*en beneficio para sí o de un tercero*”. También, la caracterización de la disposición de los bienes como *fraudulenta* ofrece una cierta connotación subjetiva de la conducta, y en ese sentido puede interpretarse como un elemento subjetivo especial.

Se descartan los actos culposos o imprudentes y en principio, los llamados “negocios de riesgo” u operaciones especulativas riesgosas siempre y cuando no concurren los elementos subjetivos del injusto²⁴⁴. De lo contrario, serán atípicas del

²⁴¹ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. p. 243.

²⁴² SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 401.

²⁴³ LUZON PEÑA, Diego Manual. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 24

²⁴⁴“Y es que en efecto, aunque lo contingente es un elemento consustancial al mundo de los negocios, ello no conlleva que todo riesgo pueda ser tolerado, existiendo unas exigencias que no permiten actuar cuando aquel adquiere tintes temerarios y, sobre todo, desproporcionados, situándose su estrategia fuera de toda lógica empresarial”. SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ-LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores p. 629.

delito o a lo sumo podrán dar lugar a las medidas que consagra la ley mercantil y la acción de responsabilidad civil.

2.3.1. EL DOLO

El precepto normativo admitiría las diversas modalidades del dolo: el dolo de primer y segundo grado, y el dolo eventual, según se explica a continuación.

Se entiende por dolo directo lo consagrado en el artículo 22 del Código Penal que reza: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Lo que se traduce en el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo contrario a los deberes diligencia y lealtad que le asisten al sujeto activo como parámetro estricto de conducta. No obstante, podrán haber supuestos que den lugar a la aplicación del error de tipo.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 25 de agosto de 2010 con radicado 32964. M.P José Leónidas Bustos Martínez, realiza un recuento general sobre la teoría del dolo y sus distintas definiciones, que permiten ilustrar el caso en concreto:

“Ello, ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.

El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

El dolo de segundo grado o indirecto, es aquel que se deriva necesariamente del resultado producido por el autor y que en principio no era perseguido conforme a sus fines, pero ha sido aceptado por el sujeto activo”.

Podría también pensarse en un dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado, por ejemplo, el administrador de la sociedad que con ánimo de lucrarse lesiona el patrimonio de los socios, pero sabe que con su actuación va a perjudicar necesariamente el patrimonio de terceros acreedores. En este caso se evidencia claramente un dolo directo del autor frente a la sociedad y el dolo de segundo grado frente a los terceros, con la salvedad, que frente a estos no respondería por el delito de administración desleal, pudiéndose tratar incluso de una atipicidad, pues terceras personas como acreedores no se incluyen dentro del ámbito de protección de la norma.

Ahora, algún sector de la doctrina admite la posibilidad del dolo eventual, y basta que concurren sus características para que se desarrolle el tipo subjetivo. Sin embargo, los problemas del dolo eventual vienen dados por el estrecho vínculo que mantiene con la culpa consciente y los supuestos que dan lugar a la ampliación de la punibilidad, y más si se analiza bajo la óptica de las decisiones empresariales riesgosas o los negocios de riesgo propios del universo de la empresa que pueden dar lugar a perjuicios económicos considerables.

Al respecto, la citada sentencia brinda un criterio diferenciador: “Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual”²⁴⁵.

Admitir el dolo eventual como elemento subjetivo suficiente para la realización del tipo penal, implica que basta que el sujeto activo no busque directamente la causación del perjuicio económicamente evaluable a los socios, pero que sí conozca la posibilidad de su producción y lo acepte como consecuencia necesaria unida a su actuación.²⁴⁶

Bajo esta hipótesis, una operación económica riesgosa que cause un perjuicio directo y cumpla con esta modalidad subjetiva, sería típica del delito de administración desleal, supuesto que para algunos no deja de plantear dudas, en especial si se tiene en cuenta que el administrador debe actuar persiguiendo el beneficio de la sociedad en un ámbito en el que hay posibilidades de que se produzca el riesgo no deseado²⁴⁷.

Habrán casos en que probablemente la actuación desleal no busque directamente causar el perjuicio económico, pero sí sea posible afirmar –objetivamente– que el sujeto contaba con el conocimiento suficiente para saber que con la infracción al deber de lealtad el resultado se iba a causar y además no tenía voluntad alguna de evitarlo.

Así pues, para que se desarrolle el tipo subjetivo sería suficiente el dolo eventual en los términos del mismo artículo 22, que reza: “cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Lo cierto es que habrá que mirar cada caso en concreto, y no es descartable del todo este tipo de dolo, pues de entrada cabe afirmar que lo que la norma pretende es la no causación de daños patrimoniales a los socios como consecuencia de las

²⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de agosto de 2018 [radicado 32964]. M.P José Leónidas Bustos Martínez.

²⁴⁶ Cfr. RIOS CORBACHO, José Manuel: Lección 5. Delitos societarios. p. 127.

²⁴⁷ STOILOV POCHILEEV, Georgi: El actor y la acción típica en el delito de administración desleal tras la LO 1/2015. p. 107.

extralimitaciones de las funciones del administrador, independientemente de si se materializa o no el beneficio, basta con que el sujeto tienda con su actuación a obtener tal beneficio²⁴⁸ (que en últimas caracteriza el dolo eventual) con suficiente probabilidad de que el resultado se cause, bastaría para predicar la administración desleal.

Otros sectores doctrinales atendiendo a la estricta redacción del precepto legal, entiende que la voluntad del legislador excluye el dolo eventual y admitiría únicamente el dolo directo o de primer grado (tal vez con buenas razones) y que afirmar lo contrario sería extender el ámbito de punibilidad a supuestos que quedan fuera del ámbito de la norma²⁴⁹, pues de la misma se infiere que el autor debe perseguir de manera directa –consciente y voluntaria– el detrimento patrimonial.

2.3.2. OTROS ASPECTOS SUBJETIVOS

El elemento normativo del beneficio para sí o para un tercero que consagra el precepto legal, ha sido abordado por la mayoría de la doctrina como un elemento subjetivo especial del injusto y no de un resultado típico como fue puesto de relieve en el acápite de la tentativa, consistente en la intención dolosa del autor de obtener el beneficio.

Castro Cuenca y Ospina Perdomo²⁵⁰ sostienen que aquí es precisamente donde se concreta la transgresión del deber de lealtad o fidelidad pues se desvía el rol que se asume para la satisfacción de intereses ajenos a los que es deber del sujeto activo representar, en el sentido en que el autor del delito incurre en una administración desleal pensando en un beneficio que podrá obtenerse para sí mismo o incluso para terceros.

Lo cierto es que la norma está redactada con la proposición *en* beneficio para sí o para un tercero que denota un sentido subjetivo, equiparable al ánimo de lucro de otros delitos contra el patrimonio económico, como se verá más adelante²⁵¹. No obstante, como fue dicho anteriormente, este aspecto podría ser interpretado en un sentido objetivo del tipo al considerarse como un segundo resultado entendiendo que la realización de los elementos objetivos del tipo deba ser efectivamente *con* la obtención de un beneficio propio o de un tercero como segundo resultado típico, pero si se es congruente con el sentido literal todo indica que se trata de una

²⁴⁸ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 24- 25

²⁴⁹ STOILOV POCHILEEV, Georgi: El actor y la acción típica en el delito de administración desleal tras la LO 1/2015. p. 106.

²⁵⁰ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. OSPINA PERDOMO, Juanita: Derecho penal societario. p. 129.

²⁵¹ LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. p. 25.

connotación subjetiva de conocimiento o direccionamiento de la voluntad si se quiere.

Sin embargo, es importante precisar que desde la perspectiva político-criminal en su gran mayoría el resultado de los delitos contra el patrimonio económico se consuma con la lesión (o peligro) al patrimonio, no siendo necesario que el autor deba haber ingresado los activos a su propia esfera patrimonial, basta que actúe con el ánimo de su consecución como elemento subjetivo especial.

La actuación en beneficio propio o de un tercero a la que hace alusión el tipo se conecta subjetivamente con la realización de los verbos rectores “disponer” y “contraer”, y si bien el carácter fraudulento denota claramente un dolo, el hecho de que el autor actúe para su propio beneficio o de terceros, ello describe una finalidad o intencionalidad del comportamiento, lo que constituye un elemento subjetivo adicional y complementa la definición de la acción (permite valorarla). En este sentido, dicho elemento sería equiparable al ánimo de lucro de otros delitos económicos como lo manifiestan Luzón y Roso Cañadillas.

Sin embargo, el ánimo de obtener provecho es también un criterio definitorio del tipo objetivo, es decir, permite identificar la tipicidad de la conducta o valorar si el riesgo generado es de carácter típico. Tanto el dolo como los elementos subjetivos especiales permiten valorar en gran medida el carácter permitido o desaprobado del riesgo que se genera, pese a que sistemáticamente esto corresponda a la tipicidad subjetiva.

La redacción de la norma da lugar a verificar desde la óptica del tipo subjetivo (como del objetivo) la existencia de un comportamiento interesado (y contrario a los deberes de lealtad y fidelidad) de obtención de un beneficio para sí o para terceros como elemento subjetivo especial incorporado al proyecto de actuación, visto como un aspecto interno-cognitivo del sujeto, donde aquel es movido por un interés desleal contrario a lo que de él se espera para con la sociedad en atención a sus deberes y funciones, que en todo caso consiste en actuar en pro de los intereses económicos de la sociedad y en su beneficio, procurando diligentemente que no se le causen perjuicios imputables a su esfera de responsabilidad y se lucre de ello.

Aunque autores como Bacigalupo²⁵² consideran que la actuación del sujeto movida por la obtención del beneficio no debe ser el centro de gravedad de la desaprobación jurídico penal sino la infracción consciente de los deberes del cargo de administrador y más bien lo primero corresponde a un error político-criminal.

En efecto, el solo propósito de obtención del beneficio no es el desvalor de la acción, lo es la violación consciente de los deberes de lealtad y diligencia que se materializan luego en un resultado lesivo. No obstante, el ánimo de enriquecimiento

²⁵² BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal. p. 428-429.

ilícito aporta un elemento de valoración adicional que determina la infracción de los deberes del sujeto activo, es decir, aporta un grado de comprensión mayor del injusto, la actuación desleal no puede determinarse en abstracto sino en función de lo que abarca el conjunto de la estructura típica, teniendo en cuenta que los deberes que se imponen al administrador son orientados a la protección de intereses ajenos (evitando que se antepongan los suyos), los del administrador deben quedar al margen, la intención de obtener provecho permite fijar los supuestos en los cuales el sujeto se desvía conscientemente de lo que lo le corresponde para así obtener su propio provecho o el de terceros, caracterizando un injusto de administración desleal.

Por lo demás, el carácter fraudulento del comportamiento denota un aspecto subjetivo especial que implica que aquel debe ir acompañado de deshonestidad, ánimo defraudatorio o mejor de la mala fe, que hace referencia a un contenido ético negativo que lleva implícita una cierta malicia, falta de rectitud, una voluntaria y consciente ilicitud en el obrar cuando no una intención positiva de engañar²⁵³.

²⁵³ Real Academia Española. Diccionario del español jurídico. Consultado en: <https://dej.rae.es/lema/mala-fe>

CAPITULO III

Este tercer capítulo se propone brindar criterios de diferenciación entre la administración desleal y dos delitos que guardan algunas similitudes como lo son la estafa y especialmente el abuso de confianza.

Comúnmente en la actividad empresarial convergen este tipo de ilícitos que, por tratarse de delitos contra el patrimonio económico en algunos supuestos es dable pensar que se trata de uno u otro. No obstante, existen algunas diferencias estructurales que conviene poner de relieve, de manera que no se viole el principio de *non bis in ídem*.

Basta repasar la redacción de los tipos para notar que las conductas típicas podrán entrecruzarse o asemejarse a las modalidades de la administración desleal, por lo que conviene una distinción que permita comprender el carácter autónomo del tipo, y que si bien la estafa y el abuso de confianza son delitos comunes, nada obsta para que puedan ser cometidos dentro de las estructuras empresariales por directivos o administradores.

3.1. DIFERENCIACIÓN CON LA ESTAFA

El artículo 246 del Código Penal reza así:

El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Este delito sin duda posee elementos similares a la administración desleal como el provecho para sí o para un tercero, el perjuicio infligido al patrimonio ajeno y la protección del patrimonio económico. Sin embargo, el elemento diferenciador o determinante es el engaño como medio comisivo opuesto a la disposición fraudulenta como infracción del deber de lealtad y confianza del administrador para con la sociedad, lo que en principio plantea una diferencia estructural.

De esta forma, se tiene que para cometer el delito de estafa, el provecho debe obtenerse a partir de la inducción a otro en error mediante un acto de engaño

precedente e idóneo, que finalmente es lo que permite el menoscabo patrimonial, mientras que la administración desleal, se configura a partir de la deslealtad originada en la disposición fraudulenta de los bienes sociales, lo que no se deriva precisamente de artificios o engaños del administrador hacia los socios, sino del abuso de las funciones que se tienen en virtud del cargo. Pero, lo que sí es común a ambos, es el elemento subjetivo del dolo, ya que ambas figuras únicamente admiten la modalidad dolosa del ilícito, como bien lo refleja el engaño en la estafa y el carácter fraudulento de la administración desleal.

Sin embargo, esto último no ha sido del todo claro y ha supuesto problemas, pues se ha dicho que la disposición fraudulenta a la que se refiere el artículo 250B del Código Penal requiere de un engaño, lo que equipara la conducta a la del delito de estafa²⁵⁴.

El Tribunal Supremo español se ha referido en la sentencia STS 565/2007. M.P. Miguel Colmenero Menéndez De Luarca, a esta zona común, precisando que el engaño tal vez presente en la disposición fraudulenta de los bienes es apenas un elemento o característica de la acción, mientras que en la estafa se trata del elemento causal, señala al respecto:

“Un engaño en sentido distinto del exigido para la construcción del delito de estafa, pues es claro que mientras en este último delito el engaño es causal respecto del acto de disposición que origina el perjuicio, en el delito societario es únicamente una característica de la acción, es decir, del acto de disposición, que siendo perjudicial para el patrimonio de los socios o de los demás a los que el tipo se refiere, se presenta engañosamente como un acto ordinario de administración, pero no tiene en ningún caso carácter causal respecto de aquél”.

Así pues, la diferencia fundamental radica en que el engaño en la estafa constituye el nexo causal con el perjuicio patrimonial, y es a partir del mismo que se produce el resultado. Es decir, el engaño es el medio comisivo para obtener el provecho ilícito sobre el patrimonio del sujeto pasivo.

La estafa supone una conducta precedente consistente en la inducción en error al sujeto pasivo en aras de acceder a la posesión de un bien de su propiedad. En la administración desleal ocurre algo radicalmente distinto, pues el sujeto activo no actúa con engaño precedente, sino que aquel dispone de los bienes en virtud de unas facultades conferidas sobre el patrimonio de la sociedad y le corresponde administrarlo dentro de los límites del riesgo permitido; podrá existir un comportamiento engañoso hacia los socios, pero aquel es posterior al acto de disposición.

²⁵⁴ “Respecto de la conducta descrita en el artículo 295, la dicción literal del precepto -"disponer fraudulentamente"- requiere la mediación de engaño, lo que para algunos sectores acerca este delito a la figura de la estafa”. Tribunal Supremo español. STS 769/2006. M.P. Juan Saavedra Ruiz.

De lo anterior, se infiere una diferencia estructural: en la estafa el sujeto activo obtiene el provecho ilícito a partir de un vicio en la voluntad del sujeto pasivo creado por el engaño precedente, y quien dispone de los bienes es el mismo afectado; en la administración desleal existe una entrega voluntaria de los bienes que permite disponer de ellos conforme a los fines de la empresa, pero posterior al acto dispositivo concurre el ánimo de defraudar o engañar a los socios con el fin de obtener un provecho para sí o para un tercero.

Finalmente, cabe señalar que con la expedición de la Ley 1474 de 2011 algunos supuestos dudosos que no lograban adecuarse al tipo de estafa quedan ahora cubiertos por el delito de administración desleal, pues anteriormente ocurría que ciertas conductas no cumplían con el presupuesto restrictivo del engaño, pero si se daba la disposición fraudulenta de los bienes como ya fue explicado anteriormente.

El profesor Juan David Jaramillo²⁵⁵ hace un interesante análisis crítico de la sentencia del 13 de febrero de 2013, Rad. 39436, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, que si bien trata de hechos anteriores a la expedición de la ley mencionada, refleja la necesidad de un tipo penal que abarque supuestos que no alcanzan a encajar en la estafa, poniendo de relieve la transición normativa de la estafa a la administración desleal, tal como el autor lo llama.

Al analizar la citada sentencia, se concluye que en el caso se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos de la administración desleal, pese a que fue aplicado el delito de estafa por no existir el delito de administración desleal al momento de los hechos.

La providencia expone el caso del gerente general de una empresa que dispuso fraudulentamente de los bienes de la sociedad en su propio beneficio, desviando hacia su patrimonio un porcentaje del valor de unos pagos destinados a la realización de obras civiles que nunca existieron bajo un “complejo ardid”, consistente en la creación y representación de personas jurídicas sobre las cuales tenía injerencia, y así mismo la creación de facturas falsas, informes, reportes contables y otros artificios; causando una evidente despatrimonialización a la sociedad por cinco mil millones de pesos y deliberadamente encubriendo su actuación a la junta directiva.

La CSJ decidió no casar la sentencia y argumentó que se cumplían los criterios propios de la estafa y la secuencia cronológica de sus elementos, el uso del engaño o ardid; haber inducido y mantenido en error a la persona jurídica; y finalmente la obtención de un provecho ilícito.

²⁵⁵ JARAMILLO RESTREPO, Juan David: "Comentario III. Transición normativa en el contexto de la criminalidad: de la estafa a la administración desleal" En: POSADA MAYA, Ricardo. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. CORREA FLOREZ, María Camila (coords.): Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Vol. 2). Bogotá: Ibáñez, 2015. p. 87-106.

Es a partir de la existencia de un engaño idóneo –presupuestos objetivos exigidos para la causación del daño– soportado en “complejas maniobras engañosas” ideadas por el gerente donde la Corte fundamenta el delito de estafa. No obstante, a partir del análisis de los hechos, se concluye que lo que habría resultado adecuado era la administración desleal, pues “para que se presente el delito de estafa, el engaño debe ser idóneo en abstracto y en concreto y, la idoneidad siempre debe determinarse desde un punto de vista *ex ante*, no desde un punto de vista *ex post*”²⁵⁶. En efecto, la conducta del gerente de la empresa se orienta hacia la administración desleal, pues es claro que abusando de sus funciones como alto directivo dispuso fraudulentamente de los bienes valiéndose para ello de artificios o engaños (por ejemplo, la expedición de facturas falsas²⁵⁷), ergo, el nexo causal entre la conducta y el perjuicio económicamente evaluable a los socios, proviene de la disposición de los bienes y no del engaño.

Todo parece confirmar, que el engaño, apenas como una característica de la conducta fraudulenta de administración desleal es posterior a la disposición de los bienes y no la base para disponer de ellos; en la estafa es necesario que el sujeto pasivo sea quien realice el acto de disposición²⁵⁸, debiendo existir necesariamente un nexo causal entre el error y la despatrimonialización. Así pues, en la estafa, el perjuicio patrimonial es producto de la inducción o mantenimiento en error de que es objeto la víctima en virtud de las maniobras engañosas del agente²⁵⁹.

Pueden tomarse como ejemplos ilustrativos, el administrador de una sociedad gestora de fondos de inversión que engaña al depositante acerca de la rentabilidad o legalidad de una determinada operación, lo que apunta su posible encaje en el tipo de la estafa²⁶⁰. O, el representante legal que previo a la celebración de un negocio jurídico que da lugar al nacimiento de ciertas obligaciones, conoce de antemano que la sociedad no podrá cumplirlas.

3.2. DIFERENCIACION CON EL ABUSO DE CONFIANZA

El artículo 249 del Código Penal reza así:

El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 104.

²⁵⁷ Es de tener en cuenta el concurso heterogéneo con el delito de falsedad documental que acompaña a gran parte de las conductas de administración desleal y delitos empresariales como un instrumento accesorio para la obtención del beneficio económico.

²⁵⁸ Como sostiene Suarez Sánchez: “en el delito de estafa no hay coincidencia entre el autor de la maniobra fraudulenta y el sujeto que realice el acto de disposición patrimonial”. SUÁREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. p. 406.

²⁵⁹ Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación penal. SP9488 – 2016. Radicación n° 42548. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

²⁶⁰ MARTINEZ BUJAN, Carlos: Administración fraudulenta en sociedades de inversión. p. 40.

dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

El abuso de confianza es tal vez el delito del Código Penal que presenta más semejanzas con la administración desleal, pudiendo dar lugar a pensar que se trata de un concurso aparente de tipos penales donde ha de adoptarse el principio de especialidad normativa en aras de no vulnerar el *non bis in ídem*: “cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva”²⁶¹.

Pese a las estrechas similitudes que saltan a la vista, existen algunos criterios diferenciadores que permiten aplicar uno u otro, pues existen algunos elementos del tipo de abuso de confianza que se diferencian de la conducta de administración desleal, como lo es la apropiación, que si bien puede asemejarse a la disposición de los bienes, ya se verá que poseen diferencias, ambas responden a una específica modalidad de lesión del bien jurídico. No obstante, valga aclarar, que el abuso de confianza del artículo 249 consagra dos modalidades: abuso de confianza por apropiación y por uso indebido, esta última es sinónima de la disposición fraudulenta de la administración desleal (o al menos alcanzan los mismos efectos prácticos) y en ese sentido el criterio de solución puede ser distinto, según se expone al final.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011, se había entendido que el administrador o representante legal que dispusiera de los bienes de la sociedad para su propio beneficio o de un tercero, incurría en el delito de abuso de confianza²⁶². Así mismo, el problema dogmático giraba en torno a la diferenciación entre el hurto agravado por la confianza y el abuso de confianza por tratarse de conductas muy similares que pueden ser ambas cometidas en el seno de la sociedad por gerentes o administradores, discusión que ya se ha ido decantando en la jurisprudencia:

“De suerte que como el implicado detentaba el cargo de gerente, representante legal de la tantas veces citada sociedad, el cual le confería la administración (comprendidas, naturalmente, en ella las labores de custodia y conservación) jurídica y material de los bienes y derechos que integraban el patrimonio de la referida empresa, si incurrió en un

²⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Sentencia del 16 de julio de 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

²⁶² ABELLO GUAL, Jorge Arturo: El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia p. 182.

comportamiento doloso orientado apoderarse, en provecho propio o de un tercero, de todos o parte de aquellos, la conducta punible que su obrar habría materializado no sería propiamente la de hurto agravado por la confianza, sino la de abuso de confianza.”²⁶³

La entrada en vigor de la citada ley, supuso el debate en Colombia respecto a la distinción entre ambas modalidades, pues tanto el abuso de confianza como la administración desleal comportan, en principio, una disposición fraudulenta de los bienes en virtud de una relación de confianza depositada al sujeto activo.

Sin embargo, con posterioridad a la tipificación de la administración desleal, la jurisprudencia aún no se ha ocupado de la materia, y hasta ahora la CSJ no parece entender que se trate de una diferencia estructural entre ambas figuras pues sostiene que el abuso de confianza consiste en un acto externo de disposición del bien con el ánimo de incorporarlo al patrimonio²⁶⁴, lo que en definitiva torna confusa la relación con el artículo 250B.

No obstante, es necesario desde la perspectiva dogmática hallar criterios de diferenciación que permitan (en cierta medida) la aplicación adecuada de los tipos delimitando su alcance normativo, y en ese sentido pueden destacarse algunas diferencias.

Como se dijo anteriormente, el sentido de la apropiación a la que hace referencia el abuso de confianza difiere de la disposición de bienes, en el sentido de que el hecho de apropiarse de una cosa mueble ajena consiste en asumir el bien con facultades de dominio sin la autorización del titular, que previamente había sido dado en mera tenencia, mientras disponer de los bienes en el sentido de la administración desleal, es valerse de los mismos para la consecución de un determinado fin en contravía de los deberes de lealtad, conforme a lo explicado en el capítulo dos. En el abuso de confianza por apropiación se considera que:

“La conducta consiste en apropiarse de la cosa de la cual el sujeto agente tiene la posesión a nombre de otro (mera tenencia), o sea en incorporar al dominio del sujeto activo la cosa que es del pasivo; es transformarse de poseedor a nombre de otro a poseedor en nombre propio. A través de la acción se convierte arbitrariamente en dominio lo que es una mera tenencia, para transformar una relación posesoria legítima (mera tenencia) en ilegítima (dominio o posesión).”²⁶⁵

Por el contrario, la disposición de la administración desleal puede caracterizarse en la medida en que el administrador si se encuentra autorizado o facultado para disponer de los bienes o del patrimonio en razón de su cargo dentro de la empresa, pero la cuestión radica en que aquel se extralimita en sus funciones sea haciendo unos usos temporales ilícitos de los bienes o disponiendo de ellos sin incumplir

²⁶³ Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 2008.

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de diciembre del 2018. Rad. No 53654.

²⁶⁵ SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. pp. 363-364

definitivamente la obligación de entregar o devolver, basta que persiga el beneficio mediante el uso indebido de los mismos, irrogándose un perjuicio a la sociedad.

Así pues, el verbo rector del abuso de confianza resulta mucho más amplio y por el contrario el de la administración desleal más restrictivo, debiéndose emplear el principio de especialidad normativa en aquellos casos de apropiación por parte de un administrador de hecho o de derecho, directivo, empleado o asesor de los bienes de la empresa²⁶⁶ a efectos de predicar la administración desleal y evitar el concurso aparente de normas, entendiendo que el abuso de confianza puede ser cometido por cualquier sujeto.

En España, la cuestión debatida ha sido la contraposición semántica de ambos verbos, “apropiar” y “disponer”, donde el primero se ha entendido como el acto desplegado por autor que busca incorporar definitivamente a su patrimonio o al de un tercero, los bienes que se encuentran bajo su disposición con la consiguiente ventaja patrimonial. Mientras que disponer en el sentido del artículo 250B se entiende como valerse de una cosa, tenerla o utilizarla²⁶⁷ con el fin de obtener provecho para sí o un tercero.

Esto es sin duda confuso, y no brinda mayor claridad, pues ambos verbos implican el ejercicio de actos de señor y dueño conforme a su significado formal, y así mismo, implican la existencia de una relación jurídica que permite el ejercicio de actos de disposición por parte del sujeto activo del delito, ya sea para apropiarse o en su defecto disponer fraudulentamente de los bienes, y en ambos, el resultado se explica por el abuso de unas funciones conferidas independientemente de su fuente (por ejemplo, el contrato o relaciones de confianza).

Pese a ello, la doctrina ha entendido que la diferencia entre ambas conductas, se concentra en la diferenciación entre actos de dominio ilícitos y usos ilícitos que no implican dominio, siendo los primeros característicos del abuso de confianza, que implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver; mientras que el segundo, propio de la administración desleal, se trata de meros usos temporales ilícitos que son compatibles con la obligación de entregar o devolver. Así pues, la administración desleal, cubre aspectos que el abuso de confianza no abarca, es decir, supuestos donde no logra acreditarse la existencia de un acto de apropiación en estricto sentido, como fue señalado arriba, sino de usos temporales ilícitos capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado²⁶⁸.

Al respecto, la doctrina y jurisprudencia española ha supuesto que la relación entre ambas figuras delictivas es de género a especie, siendo la administración desleal el tipo general y el abuso de confianza el delito especial, imponiéndose una pena

²⁶⁶ ABELLO GUAL, Jorge Arturo: Derecho penal empresarial. p. 98-99.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 101-102.

²⁶⁸ MARTINEZ BUJAN, Carlos: Administración fraudulenta en sociedades de inversión. p. 42.

mucho más alta en los casos de apropiación indebida. En Colombia, este no es el caso, pues el abuso de confianza sería el género y la administración desleal el tipo especial destinado a las sociedades comerciales con una pena más alta, es decir a la inversa.

Podría argumentarse que el abuso de confianza fue ideado con miras a la protección exclusiva del patrimonio individual para aquellos casos de apropiación, en donde se le ha confiado un conjunto de bienes sin título traslativo de dominio al autor del delito, que puede ser cualquier sujeto, y que, en virtud de ese encargo fiduciario, incorpora los bienes a su patrimonio o al de otra persona, como puede suceder eventualmente en un contrato de mandato o contrato de depósito.

Si bien la administración desleal protege también el patrimonio económico, no busca solamente castigar actos de apropiación de bienes, sino la disposición fraudulenta de bienes o el contraer obligaciones lesivas en el ámbito de las sociedades mercantiles, claramente en un escenario tal vez diferente, pues el injusto viene dado por el abuso de las funciones del cargo que da lugar a graves pérdidas económicas o que pone en alto riesgo los intereses de los socios, de esta manera, la administración desleal se orienta exclusivamente hacia el ámbito societario castigando la mala administración de los recursos sociales que hagan los administradores²⁶⁹, independientemente de que el sujeto se apropie de los bienes y no los devuelve, y en esa línea, se trata más bien de un instrumento para hacerle frente a las formas de corrupción.

Más allá de buscar criterios diferenciadores entre una y otra figura, en el plano de la imputación jurídica, la cuestión podría ser más sencilla, si se admite *de lege lata* que el abuso de confianza es el género y la administración desleal es la especie, esta última puede entenderse como un abuso de confianza en su modalidad de distracción (disposición) descrita en el último inciso del artículo 249 del C.P.²⁷⁰. pero exclusiva para el ámbito de las sociedades comerciales; lo anterior, entendido en el sentido del principio de especialidad que deberá emplearse en aquellos casos problemáticos, pues es evidente que la diferencia entre ambos delitos los separa un hilo bien delgado.

De esta manera, la diferencia fundamental no será sobre los elementos normativos de cada figura, sino por el contrario a cuestiones de política criminal, de contar con un tipo en el código que sancione con el máximo rigor esta clase de comportamientos, llevados a cabo en el marco de las sociedades comerciales por sujetos con especial prominencia dentro de la empresa que disponen fraudulentamente de los bienes, pues cabe reiterar en este sentido, que el tipo se

²⁶⁹ ABELLO GUAL, Jorge Arturo: El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia. p. 182.

²⁷⁰ “Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero (...)”

circunscribe únicamente a las sociedades del Código de Comercio y a la SAS de la Ley 1258 de 2008, en la medida que se alude concretamente al contrato de sociedad, por tanto asociaciones, cooperativas, fundaciones, entidades colectivas o incluso las defraudaciones en sociedades patrimoniales y conyugal ingresan a la órbita típica del abuso de confianza.

CONCLUSIÓN

Al inicio de este trabajo se comenzó aludiendo a la expansión del derecho penal como explicación del derecho penal económico, que sin duda parece ser una justificación razonable desde la perspectiva político-social. La percepción de inseguridad en relación con bienes jurídicos de diversa naturaleza ha dado lugar a la criminalización de conductas y su posterior tipificación en los códigos penales, de manera que el escenario socioeconómico no escapado a dicha tendencia, por el contrario, los delitos económicos son un ejemplo paradigmático de esa tendencia expansiva.

La Ley 1474 de 2011 fue una ley coyuntural, desligada de valoraciones político-criminales y dogmáticas, al menos puede referirse a ella en estos términos desde la perspectiva del artículo 250B que ha sido el objeto de estudio.

Como este trabajo partió fundamentalmente desde los desarrollos doctrinarios del Derecho comparado, uno de los grandes problemas que pudo evidenciarse, fue el desconocimiento generalizado del delito de la administración desleal y su aplicación, es decir, la dogmática jurídico-penal sabe que existe, que ingresó al ordenamiento con la Ley 1474 pero no ha encontrado su espacio en el escenario judicial porque no se conoce –a excepción de unos cuantos casos–, tal vez por algunas de sus deficiencias que migraron con su trasplante, pues valga recordar, que el artículo 250B es (casi) idéntico al derogado artículo 295 del CP español, y por ello el estudio de la doctrina y jurisprudencia española fue de enorme utilidad, a la par que señala sus defectos.

Sin embargo, y pese a esta primera conclusión crítica, el delito de administración desleal obedece a una necesidad real y político-criminal (otra cosa es como se haya incorporado al CP). Por tanto, es labor de la dogmática interpretar normativamente los tipos penales en aras de compatibilizar su aplicación con los principios del Estado Social de Derecho y en esa medida este trabajo logra en su medida ese objetivo.

No puede negarse la naturaleza lesiva que poseen los delitos económicos y es por ello, que debe emplearse para ciertos casos el instrumento más radical que tiene el orden jurídico, es decir, la pena. No obstante, ello no justifica un uso desmedido de la potestad punitiva sino empleada en el marco de los límites y garantías que ofrece la constitución, especialmente en este contexto se resaltan el principio de lesividad, el principio de legalidad, el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal. Por lo anterior, se vio la necesidad de abordar la responsabilidad civil como obligación indemnizatoria en el contexto procesal penal o incluso como alternativa dependiendo de la caracterización de la conducta que permita configurarla, bien como ilícito civil, o bien como ilícito penal, poniendo de presente, que en todo caso, la configuración del delito debe comprender sus elementos objetivos y subjetivos en los términos de la teoría general del delito.

Sin duda, la administración desleal es un supuesto de carácter lesivo, que aunque la criminalidad empresarial en su mayoría se perciba sobre la idea de la empresa como sujeto del delito, el delito de administración desleal cuenta con la capacidad de atentar contra la misma empresa y los intereses de sus accionistas, replegando consecuencias no solo a bienes jurídicos individuales sino al orden económico y social, de manera que la protección recaiga sobre un bien jurídico individual como el patrimonio económico y un bien jurídico supraindividual o difuso como el correcto funcionamiento de las estructuras societarias, imprescindible en el marco de una economía de mercado.

Esta interpretación, compartida en su mayoría por la doctrina española no tendría mucha relevancia en el medio nacional –al menos hasta ahora–, pues por un lado la jurisprudencia no se ha pronunciado concretamente sobre la materia estudiando el radio de protección del tipo penal y, por otro lado, *de lege lata*, el artículo 250B se encuentra en el Título VII de los delitos contra el patrimonio económico, que busca fundamentalmente prevenir que se le causen daños indebidos al patrimonio de la sociedad y de sus socios, por lo que la propuesta cabría estrictamente de *lege ferenda*.

En el plano de la tipicidad objetiva pudo hallarse un yerro legislativo en relación con los sujetos activos, donde el legislador optó por incluir varios sujetos que pueden ser autores del delito. No tuvo en cuenta que las conductas típicas de disponer de los bienes y contraer obligaciones a cargo de la sociedad son facultades propias de quien ejerce funciones de administración, de manera que el socio, directivo, empleado o asesor se reconducen a la figura del administrador de hecho o de derecho. La descripción extensiva de sujetos en los que eventualmente pueden concurrir dichas facultades podrá dar lugar a problemas, especialmente en la determinación de la autoría. No obstante, ello se satisface con la teoría del dominio de hecho con criterios de infracción del deber, es decir reduce el círculo de posible de autores a efectos de determinar quién puede posicionarse efectivamente – infringir el deber– para la lesionar el bien jurídico.

La administración desleal por tratarse de un delito doloso, no puede cometerse por la imprudencia o infracciones al deber objetivo de cuidado, para ello se abordó la institución del riesgo permitido en el contexto de la teoría de la imputación objetiva para delimitar los supuestos que caracterizan la administración desleal. Así pues, es evidente, que las llamadas operaciones de riesgo o situaciones propias de la dinámica mercantil en las que naturalmente se da la disposición de bienes o se adquieren obligaciones, no son riesgos desaprobados, en tanto se desenvuelvan en un escenario de diligencia, lealtad y buena fe, pues de lo contrario aquellos lo serán cuando el administrador abuse de las funciones del cargo entrando al terreno de lo no permitido, desviándose de los deberes que le impone el ordenamiento y los estatutos sociales, haciendo uso desproporcionado de sus facultades para la obtención de un beneficio ilícito, lo que no es otra cosa que deslealtad.

Como se vio a lo largo de la exposición, tanto la interpretación objetiva como subjetiva se enmarca en diversas discusiones sobre la configuración de los elementos típicos, no obstante, se logra una construcción coherente con la literalidad de la norma, de manera que pueda comprenderse a grandes rasgos, la administración desleal como un delito de sujeto cualificado –especial propio–, de resultado cortado, doloso y con un elemento subjetivo especial equiparable al ánimo de lucro de otros delitos patrimoniales, es decir, el administrador debe actuar movido por un interés de lucrarse con su actuación.

En Colombia, al igual que en otros ordenamientos, la tipificación de delitos societarios como la administración desleal es necesaria, y encuentra su justificación no solo en la lesividad, sino también en la insuficiencia o en la falta de adecuación típica de conductas como la estafa y el abuso de confianza que no recogen el desvalor de las conductas ilícitas llevadas a cabo en el seno de las sociedades comerciales. Sin embargo, la tipificación de la administración desleal no soluciona el problema de fondo, pues subsisten zonas grises entre los delitos referidos, donde un entendimiento insuficiente propicia la aplicación inadecuada. Por ello, se propusieron como criterios de diferenciación el engaño precedente en la estafa contrapuesto a la realización de las conductas típicas de administración desleal con abuso de las funciones del cargo, pues en ningún caso el artículo 250B requiere la existencia de un engaño inicial que mantenga o induzca en error al sujeto, otra cosa es que en la fase de ejecución del delito se incorporen maniobras fraudulentas o engañosas.

El delito de abuso de confianza plantea retos mayores por su descripción típica similar a la de la administración desleal, pues ambos se ejecutan en el marco de una relación de confianza depositada al sujeto activo, ya disponiendo fraudulentamente o apropiándose de los bienes. Incluso, el problema se agrava con el último inciso del artículo 249 que adiciona el supuesto de uso indebido de la cosa en perjuicio de tercero, equivalente a la disposición fraudulenta en perjuicio del patrimonio de los socios del artículo 250B. La cuestión es si se debe entender que existe una diferenciación semántica entre los verbos “apropiar” y “disponer”; una acepción diferente sobre el uso indebido de la cosa en el contexto del abuso de confianza; o si por el contrario se trata de una solución por vía del principio de especialidad normativa.

El problema llega heredado de España, desde 1995 que apareció en esa legislación, se debatió extensivamente sobre sus diferencias con interpretaciones diversas hasta su modificación con la Ley Orgánica 01/2015. La solución que parece plausible es entender que se trata de un problema de especialidad normativa, el abuso de confianza es el género y la administración desleal es la especie orientada específicamente a las sociedades comerciales, en consecuencia, terceros afectados u otra clase de asociaciones deberán recurrir al artículo 249 del CP.

Finalmente, sea que se acoja en general una postura u otra, la tarea de la dogmática es analizar los problemas que presenta una disposición legal, y a partir de allí formular soluciones a partir de las diversas construcciones teóricas, sea errónea o correcta debe orientarse en todo caso a la justicia material de las decisiones (en este sentido, cumple un función de límite del poder punitivo) introduciendo a partir de la discusión, razonabilidad en las decisiones judiciales y una previsibilidad de las mismas. De tal manera que no se construyan soluciones a la medida, y más bien, brindar al ciudadano la expectativa que dentro de las realizaciones similares de otras personas va recibir un trato similar o igualitario²⁷¹.

²⁷¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? p. 158-159.

REFERENCIAS

Bibliografía

ABELLO GUAL, Jorge Arturo: El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XIII, núm. 25, enero-junio, 2010, pp. 181-200.

ABELLO GUAL, Jorge Arturo: Derecho penal empresarial, Bogotá: Leyer, 2015.

AROCENA, Gustavo A: Administración fraudulenta. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/administracion%20fraudulenta.pdf>.

BACIGALUPO, Enrique: (Dir.) Curso de Derecho penal económico, Madrid: Marcial Pons, 2005.

- BACIGALUPO, Enrique: Los delitos societarios en el nuevo Código Penal.

BAJO FERNANDEZ, Miguel (Dir.). BACIGALUPO, Silvina. GOMEZ JARA-DIEZ, Carlos (Coords.): Gobierno corporativo y Derecho penal. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2008.

- JARA DIEZ, Carlos: Aproximación a la influencia del Gobierno Corporativo sobre el Derecho penal económico.

BAJO FERNANDEZ, Miguel: Administración desleal y apropiación indebida. Madrid: Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 4 (2001). pp. 125-143.

BECKER, S. Gary: Crime and Punishment: An economic approach: Essays in the Economics of Crime and Punishment. NBER, 1974. pp. 1-54. Disponible en: <https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>

BUSTOS RAMIREZ, Juan: Control social y sistema penal: Bogotá: Temis, 2012.

CARRAU MELLADO, Juan: La malversación. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Nº 17, 2016. pp. 411-417.

CASTRO CIFUENTES. Marcela: Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización. Tomo III. Bogotá: Temis, 2018.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo (Coordinador): Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I. Bogotá: Temis, 2018.

- BERNATE OCHOA, Francisco. VIRGUEZ ALVAREZ: Administración desleal y corrupción privada.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. y OSPINA PERDOMO, Juanita: Derecho penal societario. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.

CASTRO MARQUINA, Gonzalo: La necesidad del Derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2016.

CARRERA PABLO, Daniel. VASQUEZ, Humberto (directores): Derecho penal de los negocios. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: La corrupción ante el derecho y la justicia en: FerrolAnálisis: Revista de Pensamiento y Cultura, N° 28, 2013. pp. 281-292.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M y otros (coord.): Liber Amicorum: Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2018.

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: Administración desleal y negocios. A propósito del art. 250B del Código Penal Colombiano.

DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel: Algunas cuestiones fundamentales en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y participación. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 10, No. 83, julio-diciembre, Universidad EAFIT, Medellín. 2014. pp. 15-38.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [Versión web]

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2011.

ESCOBAR LOPEZ, Edgar: Delitos contra el patrimonio económico. Bogotá: Leyer, 2016.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo: Cuestiones actuales de Derecho penal económico. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2009.

FERRAJOLI, Luigi: Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta. 1995.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: Derecho penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas. Bogotá: Ibáñez, 2013.

FRIEDRICH, David O: Occupational crime, occupational deviance, and workplace crime. Sorting out the difference, London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications-Criminal Justice, Vol: 2 (3) 2002. pp. 243-256.

GARCIA CAVERO, Percy: La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación. Barcelona: J.M. Bosch. 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy: La administración fraudulenta de la persona jurídica en: Libro homenaje a Domingo García Rada: Arequipa: Editorial Adrus, 2006. pp. 239 y ss.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio: Responsabilidad civil y responsabilidad penal. Derecho Penal y Criminología. 26, 78 (1) pp. 25-52. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1013>.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? en: Estudios de Derecho penal. Madrid: Tecnos, 1991.

GOPALAN, Sandeep: Transitional Commercial Law. The way forward. American University International Law Review, volume 18, No. 4, 2003. pp. 803-849

HASSEMER, Winfried: Rasgos y crisis del Derecho penal Moderno. Conferencia realizada en la UAB (1991, marzo: Barcelona). Traducción de Elena Larrauri. pp. 235-249. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46402>

HEFENDEHL, Roland (ed.): La teoría del bien jurídico. Madrid: Marcial Pons. 2007.

- HEFENDEHL, Roland: El bien jurídico como eje material de la norma penal.

HERNANDEZ QUINTERO, Hernando A: Derecho Penal Económico de coyuntura: Análisis Desde la Legislación Colombiana" En: Revista De La Academia Colombiana De Jurisprudencia, 2002, pp.24 – 47.

JAEN VALLEJO. Manuel: Derecho penal y sociedad moderna: Bogotá: Ibáñez, 2006.

KINDAHAÜSER, Urs: Derecho penal de la seguridad. Los peligros del Derecho penal en la sociedad del riesgo. En: Cuadernos de Derecho penal, febrero de 2014. pp. 13-26.

LOPEZ DIAZ, Claudia: Código Penal alemán (StGB). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. ROSO CAÑADILLAS, Raquel: La administración desleal societaria en el Derecho penal español. InDret 3/2010.

MARICHAL SALINAS, Carlos: Nueva Historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global, 19873-2008. Buenos Aires: Debate, 2010

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

MARTINEZ BUJAN, Carlos: Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos: Derecho Penal Económico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MEDINA VERGARA, Jairo: Responsabilidad comercial de las sociedades y sus vinculados. Bogotá: Temis, 2015.

MORENO CHAMARRO, Ismael: Delitos societarios. Las diferentes figuras delictivas y su aplicación en los tribunales. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2005.

MOYA JIMENEZ, Antonio: La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. Barcelona: Bosch, 2010.

NAJERA, Xavier: El bien jurídico protegido en el delito socioeconómico de administración desleal en España. El caso de la legislación poblana en perspectiva comparada. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Vol.9, N° 35. enero-junio 2015. pp. 76-94.

NARVAEZ GARCIA, José Ignacio: Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades. Bogotá: Legis, 1998.

NAUCKE, Wolfgang: El concepto de delito económico-político: una aproximación. Madrid: Marcial Pons, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Delitos societarios. En: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, N°. 12, abril – septiembre 2017. pp. 235-245. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3655>

POSADA MAYA, Ricardo. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. CORREA FLOREZ, María Camila (coords.): Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Vol. 2). Bogotá: Ibáñez, 2015.

- JARAMILLO RESTREPO, Juan David: "Comentario III. Transición normativa en el contexto de la criminalidad: de la estafa a la administración desleal"

REYES ECHANDIA, Alfonso: Criminología, Bogotá: Universidad del Externado, 1982.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: Derecho penal. Parte General. Bogotá: Temis, 1987.

RIGHI, Esteban: Administración desleal y corrupción: Revista internacional Transparencia e Integridad. N° 5 septiembre-diciembre 2017. pp. 1-9.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Estudios de Derecho penal económico. Pamplona: Civitas, 2009.

ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2000.

RUEDA MARTIN, María Ángeles: La imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Bogotá-Barcelona: Universidad Externado de Colombia-J.M. Bosch Editor, 2002.

SALAZAR MARÍN, Mario: Autor y participe en el injusto penal. Bogotá: Ibáñez. 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.

SCHÜNEMANN, BERND: Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, ADPCP, II, 1998. pp. 529-558.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores. Madrid: La Ley, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

SINTURA VARELA, Francisco (ed.). RODRIGUEZ, Nicolás (ed.): El Estado de Derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011, Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.

- SINTURA VARELA, Francisco. BERNATE OCHOA, Francisco El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana

SANCHEZ LOPEZ, Virginia (coord.) DIAZ-SANTOS DIEGO, María Rosario (coord.): Hacia un Derecho penal sin fronteras, Colex: Madrid, 2000.

- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura: Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades.

STOILOV POCHILEEV, Georgi: El actor y la acción típica en el delito de administración desleal tras la LO 1/2015. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá) 2016, 2017, N° 9, p. 89-118

SUAREZ SANCHEZ, Alberto: Delitos contra el patrimonio económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

SUTHERLAND, Edwin. El delito de cuello blanco, Madrid: La Piqueta, 1999.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a: Derecho penal de la empresa. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. ACALE SANCHEZ, María: Temas de Derecho Penal Económico. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

- DONINI, Massimo: ¿Una nueva edad media penal?
- MARTINEZ-BUJAN, Carlos: Administración fraudulenta en sociedades de inversión

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a (coordinador): Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo IV: Derecho penal. Parte Especial (Derecho penal económico). Madrid: lustel Publicaciones. 2016.

- RIOS CORBACHO, José Manuel: Lección 5. Delitos societarios.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María: Derecho penal económico. Lineamientos de política penal. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Vol.9, N° 35, 2015. pp. 7-36

TERRADILLOS BASOCO, Juan María: Corrupción, globalización y derecho penal económico. Lección de Apertura del Año Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), expuesta el día 26 de marzo del año 2015 en el Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido de

la Facultad de Derecho de la PUCP. Revista de la facultad de Derecho. N° 74, 2015. pp. 11-26

TERRASA GARCIA, Antonio J: De la apropiación indebida a la administración desleal. En: Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, N° 17, 2016. págs. 381-409

TIEDEMANN, Klaus: El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico. Revista Chilena de Derecho. Vol. 10. N° 1, 1983. pp. 59-68

TORRES CADAVID, Natalia: La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del Art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 14, No. 90, enero-junio, Universidad EAFIT, Medellín. 2018. pp. 54-102

URQUIZO OLAECHEA, José. ABANTO VASQUEZ, Manuel. SALAZAR SANCHEZ, Nelson. (coordinadores): Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Tomo II. Homenaje a Klaus Tiedemann: Gaceta Jurídica: Lima, 2015.

- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo: El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018.

VELASCO, Julian: The diminishing duty of loyalty. 75 Wash. & Lee L. Rev. 1035. 2018. p. 1035-1095.

VENTURA GONZALEZ: Nociones generales sobre Derecho penal económico: Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro: Derecho penal. Parte general. México: Editorial Porrúa, 2001.

Tesis doctorales

FARALDO CABANA, Patricia: Los delitos societarios, La Coruña: Tesis doctoral, 1995. Consultada en: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1193>

VERA RIVERA, María, del Carmen: El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva.

Madrid: Tesis doctoral. 2016. Consultada en:
<https://eprints.ucm.es/43599/1/T39008.pdf>

Legislación y Jurisprudencia

Constitución Política de Colombia

Ley 1474 de 2011

Ley 222 de 1995

Ley 599 de 2000 (Código Penal)

Ley 84 de 1873 (Código Civil)

Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio)

Corte Constitucional. Sentencia C-365 (16 de mayo de 2012)

Corte Constitucional. Sentencia C-015 (14 de marzo de 2018)

Corte Constitucional. Sentencia T-537 (23 de septiembre de 1992)

Corte Constitucional. Sentencia T-452/14 (4 de julio de 2014)

Corte Constitucional. Sentencia C-123/06 (22 de febrero de 2006)

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 25 de agosto de 2018.
(Rad. 32964)

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 17 de septiembre de
2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 13 de julio de 2016. (Rad.
42548)

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de diciembre del 2018. (Rad.
53654)

Tribunal Supremo español. STS 162/2013 (21 de febrero de 2013)

Tribunal Supremo español. STS 655/2010 (13 de julio de 2010)

Tribunal Supremo español. STS 769/2006 (7 de junio de 2006)