

HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO A., "Análisis dogmático del delito de administración desleal en Colombia", *Nuevo Foro Penal*, 101, (2023).

Análisis dogmático del delito de administración desleal en Colombia¹

Dogmatic analysis of the crime of unfair administration in Colombia

Fecha de recibo: 26/07/2023. Fecha de aceptación: 30/10/2023.

DOI: 10.17230/nfp19.101.7

HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO*

Resumen

Con el fin de cumplir los compromisos adquiridos por Colombia al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, celebrada en Mérida (México), en 2003, en la Ley 1474 de 2011 se incorporó al Código Penal Colombiano el delito de administración desleal. En la presente contribución se realiza un estudio dogmático de la novedosa figura, advirtiendo, entre otros aspectos, que se trata de un punible que debe ser estudiado como un comportamiento contra el orden económico social.

1 El presente artículo corresponde a un avance de la investigación 23-012-SINT, "El fenómeno de la delincuencia económica colombiana: un análisis desde una reflexión ética, la política criminal, la criminología y la victimología desde los códigos penales de 1936, 1980 y 2000, que se adelanta por el grupo de investigación Zoon Politikon, de la Universidad de Ibagué.

* Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor catedrático de la Universidad de Ibagué y de posgrado en las universidades Externado de Colombia, Libre de Colombia (Bogotá y Cali), y Pontificia Bolivariana de Medellín. Investigador Emérito por Minciencias. Vinculado al Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Correo electrónico: hahernandezq@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-7366-3719.

Abstract

In order to comply with the commitments undertaken by Colombia when it signed the United Nations Convention against Corruption, held in Mérida, Mexico, in 2003, Law 1474 of 2011 incorporated the crime of unfair administration into the Colombian Criminal Code. In this contribution, a dogmatic study of the novel figure is carried out, warning, among other aspects, that it is a punishable that must be studied as a behavior against the social economic order.

Palabras clave

Administración desleal, delito, orden económico social, administrador, disposición fraudulenta, obligaciones, sociedad.

Keywords

Unfair administration, crime, social economic order, administrator, fraudulent disposition, obligations, society.

Sumario

Introducción. 1. Sujeto activo. 2. Sujeto pasivo. 3. La conducta. 4. Objeto material. 5. Objeto jurídico. 6. Tipo subjetivo. 7. Concursos. 8. Punibilidad.

Introducción

La corrupción, considerada como uno de los mayores males de la sociedad, ha sido enfrentada desde antiguo por Colombia. En principio, en el sector público, con la creación de tipos penales contra la administración pública en los Estatutos de 1936², 1980³ y 2000⁴, y con normas especiales incorporadas en los estatutos anticorrupción de 1995 (Ley 190) y de 2011 (Ley 1474)⁵. En el pasado reciente, en razón de la suscripción de convenciones internacionales que impulsan el combate de este flagelo en el sector privado, se han incorporado al Código Penal una serie de comportamientos ilegales que, realizados en la actividad societaria, causan grave daño al desarrollo económico del país y lesionan abiertamente la competencia leal que debe primar en esta actividad. Entre tales comportamientos están el

2 Título III, CÓDIGO PENAL (Ley 95 de 1936)

3 Título III, CÓDIGO PENAL (Decreto 100 de 1980)

4 Título XV, CÓDIGO PENAL (Ley 599 de 2000)

5 Hernando A. Hernández Quintero, "El derecho penal como herramienta contra la corrupción", *Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1, n°371 (2020): 502.

enriquecimiento ilícito de particulares, la corrupción privada, la administración desleal, la utilización indebida de información privilegiada en el sector privado, la evasión fiscal y los acuerdos restrictivos de la competencia, entre otros. De esta forma, aparece en nuestra legislación el punible de administración desleal, creado por el artículo 17 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, conocido como Estatuto Anticorrupción, el cual adicionó el artículo 250 B, del Código Penal, y cuyo contenido es del siguiente tenor:

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 ésta causando directamente un perjuicio económico 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.

Si se revisan los antecedentes de este comportamiento, se observa que sigue de cerca lo preceptuado por el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, que se adoptó en Mérida (México) en diciembre de 2003 y se incorporó en la legislación nacional por medio de la Ley 970 de 13 de julio de 2005, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-172 del 8 de marzo de 2006.

Sobre el punto, señala la Convención citada:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondo o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Por otra parte, como lo advierte Jason Alexander Andrade, apoyado en la exposición de motivos del Proyecto 142 de 2010, para la redacción de esta disposición se siguieron de cerca los términos del entonces vigente artículo 295 del Código Penal español de 1995, convertido en el artículo 252 a partir de la Ley Orgánica 1

de 30 de marzo de 2015⁶. El cambio legislativo en España encuentra sustento en las recomendaciones que de antiguo se venían proponiendo, como lo advierte Gómez-Jara Díez, al señalar que la doctrina mayoritaria era de la idea de que el 252 no solo contiene el tradicional delito de apropiación indebida, sino que también “recoge un ‘moderno’ delito de administración desleal en concreto una modalidad denominada, siguiendo la doctrina alemana, ‘tipo de infidelidad’ o tipo de gestión desleal”⁷.

Esta postura doctrinal también había sido acogida por la jurisprudencia, como se evidencia en decisiones del Tribunal Supremo, entre ellas, la de 7 de marzo de 1994, en la que se afirmó:

El artículo 535 CP no sólo contiene el tipo clásico de apropiación indebida de cosas, sino también en cuanto se refiere al dinero, un tipo de gestión desleal, de alcances limitados, que comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal no lo hacen distrayendo el dinero de cualquier manera y es que la en realidad mal llamada ‘apropiación’ indebida de dinero, constituye un tipo especial de caracteres autónomos, que consiste en verdad en un perjuicio patrimonial ocasionado por una gestión desleal de dinero.⁸

A continuación, efectuaremos un análisis dogmático del artículo 250 B de nuestro ordenamiento penal, el cual, debido a la inexistencia en nuestro Código Penal de un capítulo específico sobre los ilícitos societarios, fue ubicado como un punible contra el patrimonio económico (título VII), en el capítulo quinto, atinente a la conducta delictiva de estafa.

6 El artículo 295 del Código Penal español preceptuaba: “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, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titular 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 triple del beneficio obtenido”

7 Carlos Gómez-Jara Díez. “La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal?”. En *La administración desleal de los órganos societarios*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 158.

8 *Ibid.*, 161.

1. Sujeto activo

En la norma en comento nos encontramos frente a un tipo penal de sujeto activo calificado, toda vez que el comportamiento reseñado solo puede actualizarse por el administrador de hecho o de derecho, socio, directivo, empleado o asesor, ingredientes normativos que requieren una interpretación, especialmente utilizando el Código del Comercio.

Respecto al administrador, la Ley 222 de 1995, que modificó la Ley 410 de 1971 (Código del Comercio), en su artículo 22, precisa que ellos son: “el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones”. Luego, en el artículo 23, consagra que estos 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 los asociados”.

En torno a los representantes legales, puede afirmarse que son aquellos que, en virtud de la ley o de los estatutos de la entidad, la representan judicial o extrajudicialmente⁹, o, como lo afirma Reyes Villamizar: “Son las personas encargadas de hacer presente a la sociedad en sus relaciones con terceros”¹⁰.

El liquidador ha sido considerado por la doctrina como la persona natural o jurídica que actúa como administrador y representante legal de la persona en proceso de liquidación. El autor José Ignacio de Narváez lo identifica como:

La persona designada para representar a la sociedad que se ha halla en estado de disolución, así como inventariar y valorar los activos y pasivos del patrimonio social, pagar el pasivo externo y luego repartir a los asociados el remanente o saldo neto (pagar el pasivo interno), rendir cuentas y registrar el acta final de liquidación¹¹.

Por su parte, el factor es el principal colaborador mercantil del empresario, que con el carácter de apoderado general ha sido por él nombrado y posee facultades para administrar, dirigir y contratar sobre todo lo que constituye o forma parte del giro normal u ordinario de la empresa.

Asimismo, el artículo 250, en forma expresa señala como sujetos activos del punible en estudio también al socio, directivo, empleado y al asesor. El socio,

9 Hernando A. Hernández Quintero. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 9.ª ed. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020), 474.

10 Francisco Reyes Villamizar. *Derecho societario*, 3.ª ed. (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 687.

11 José Ignacio Narváez García. *Teoría general de las sociedades*, 9.ª ed. (Bogotá: Editorial Legis, 2004), 342.

como lo señala acertadamente el profesor Alberto Suárez, “es la persona que se agrupa con otra u otras con la finalidad de cumplir algún objetivo o desarrollar un proyecto”¹². La verdad es que el socio puede llegar a ser sujeto activo del delito cuando es designado como administrador de la sociedad, de lo contrario veríamos muy difícil que su conducta se pueda ajustar a los términos exigidos por el tipo penal. Su comportamiento podría ubicarse en la calidad de cómplice cuando colabora con el administrador en la concreción del punible.

La anterior consideración encuentra respaldo en autores como Moreno Cánoves y Ruiz Marco, cuando al analizar la antigua figura del artículo 295 del Código Penal español expresan:

No resulta fácil comprender cómo puede el socio, aislada su puridad conceptual, realizar el actuar típico puesto que de su estricta condición no se derivan facultades que le permitan disponer de los bienes sociales o contraer obligaciones a cargo de la sociedad. Como vimos al analizar el art. 293 CP, de muy limitados pueden calificarse los derechos del socio a participar en la gestión directa de la sociedad y, por ende, escasas son las posibilidades de que “introduzca la mano” en la caja social.¹³

En cuanto al término *directivo*, consideramos que está mal utilizado y que debe hablarse mejor del *director*, que tiene el alcance de miembro de junta directiva, como lo precisa la Ley 45 de 1923. De esta forma, se unifica este criterio con lo preceptuado por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, al ubicar como *administrador* a los miembros de juntas o consejos directivos.

Por último, cuando la norma se refiere al administrador de derecho, se alude a las personas pertenecientes al órgano de administración de la sociedad e inscritas como tales en el Registro Mercantil¹⁴ (cámaras de comercio). Por otra parte, el administrador de hecho, siguiendo la doctrina más autorizada, ha de considerarse como tal cualquier persona que, fácticamente y de forma continua, desempeñe funciones de administrador de la sociedad mercantil¹⁵, o como lo

12 Alberto Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 2.^a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 401.

13 Antonio Moreno Cánoves y Francisco Ruiz Marco. *Delitos socioeconómicos*. (Zaragoza: Editorial Edijus, 1996), 337.

14 Javier García de Enterría. *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*. (Madrid: Editorial Civitas, 1996), 45.

15 Jason Alexander Andrade Castro. “Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción”. En *XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 17.

precisa la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP3601-2021 del 18 de agosto de 2021:

Será de hecho el administrador que, en la realidad del tráfico jurídico y mercantil, ejerza sin título las funciones propias de administración de la sociedad, o aquellos de los que se predique alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito, expirado, etc.¹⁶

Compartimos el criterio del profesor Yezid Viveros castellanos, cuando afirma que “El sujeto agente por su calidad de administrador debe tener dentro del ámbito de su competencia las facultades para decidir autónomamente de manera total o parcial respecto de los bienes de la sociedad”¹⁷, o como lo afirma Tiedemman, refiriéndose al asesor, “que tenga facultades de disposición”¹⁸.

A partir de esta afirmación, pensamos que el empleado y el asesor no tendrían la condición de administradores y, por ello, no pueden ser sujetos activos de la conducta a pesar de ser citados en forma expresa por la norma. Otro asunto sería que su capacidad llegara al extremo de inducir a los administradores a los manejos irregulares de los bienes, caso en el cual podríamos estar hablando de un determinador. Además, si el comportamiento del trabajador o del asesor se concentra en ayudar al administrador a realizar la operación consagrada en el tipo penal, bien podríamos estar frente a una complicidad.

En cuanto a los miembros de juntas directivas, es necesario analizar la participación de cada uno de ellos en forma individual, pues como lo advierte el profesor peruano Percy García, con independencia del sentido del voto, los que participaron en la decisión que resulta contraria a derecho son coautores, no así quienes no votaron o no estuvieron presentes. Sobre ello, afirma el connotado autor:

Responsabilidad por decisiones colegiadas. La responsabilidad penal de un directivo resulta fácil de determinar cuando se trata de un órgano de decisión unipersonal. Pero en la empresa moderna es muy común que las decisiones se tomen de manera colegiada, de forma tal que resulta necesario individualizar al interior del órgano colegiado la responsabilidad penal de cada uno de sus

16 En el mismo sentido, Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 2.^a ed., 400, y García de Enterría. *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, 46.

17 Yezid Viveros Castellanos, Sonia Milena Vargas Gamboa y Diego Fernando Ovalle Ibáñez. *Derecho penal especial casuístico*, Tomo I. (Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2007) 549.

18 Klaus Tiedemann. *Manual de derecho penal: parte general y especial*. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 400.

miembros. Para determinar la responsabilidad penal por decisiones colegiadas, se ha propuesto diferenciar dos planos de imputación. Uno horizontal y otro vertical. No obstante, quisiéramos precisar que la imputación penal se realiza de una sola manera —esto es, a partir de las competencias de cada miembro del órgano colegiado—, si bien el ámbito de organización comprometido puede abarcar aspectos horizontales o verticales de la estructura empresarial.

En el primer caso, la responsabilidad penal se configura con la sola decisión o acuerdo del órgano colegiado de la empresa. Ciertamente se trata de una incriminación excepcional, por cuanto la toma de una decisión constituye normalmente un estadio previo a la realización del delito, todavía impune. Sin embargo, el recurso usual en el derecho penal de la empresa a delitos de peligro abstracto permite una incriminación aun en la fase preparatoria (una toma de decisión). En estos casos, todos los que votan formalmente a favor de la decisión, con independencia de si su voto al momento de emitirse puede considerarse causal o no del sentido de la votación, responderán como coautores, pues no se trata de un hecho propio, sino de un hecho del órgano colegiado. En tal sentido, puede decirse que los participantes en la sesión que votaron a favor de la decisión resultan competentes por la misma, mientras que no lo son aquellos que no lo hicieron o que no estuvieron presentes, por lo que tampoco están obligados a impedir la realización de tal votación.¹⁹

Mucho se ha discutido sobre la responsabilidad en estos eventos del miembro de junta directiva que no participa en la decisión o que vota en forma negativa la determinación. Al punto, es preciso señalar que la participación en la reunión, con el exclusivo propósito de mantener el quórum necesario para la validez de la decisión, aun cuando vote en contra, ubica al director, a nuestro juicio, como cómplice del comportamiento. Si el director no participa por razones justificadas en la reunión, pero luego, al conocer el acta, se entera de la decisión criminal, está obligado a denunciar, so pena de incurrir en un ilícito de encubrimiento.

Otro aspecto de especial relevancia es el relacionado con el revisor fiscal, cuya labor fundamental es garantizar que en las decisiones de la sociedad se cumpla estrictamente con la ley y los estatutos de la entidad (numeral 1, art 207, Ley 222 de 1995). Pues bien, si esta persona, que puede vincularse por medio de un contrato

19 Percy García Caveró. "La imputación jurídico penal en el seno de la empresa". En *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, el funcionalismo en derecho penal*, coord. Eduardo Montealegre, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 345-348.

de trabajo o uno de prestación de servicios en forma independiente²⁰, observa que en una decisión se está disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad o se están adquiriendo obligaciones que están ocasionando un perjuicio evaluable a los socios, está en la obligación de comunicar a las instancias pertinentes de la sociedad sobre tales operaciones, al igual que a la Superintendencia de Sociedades.

También puede suceder que el revisor, al realizar la tarea que le asigna el numeral quinto del artículo 207 de la Ley 222 de 1995, esto es, “inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título”, encuentre que se están desarrollando las conductas referidas en el tipo penal de administración desleal, está en la obligación de informar, de manera inmediata, esta situación a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según sea el caso (numeral 2, art. 207, Ley 222 de 1995). Estimamos que esta información debe ser también transmitida a la Superintendencia de Sociedades y a la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 57 de la Ley 2195 de 18 de enero de 2022²¹.

2. Sujeto pasivo

Si, como lo advierte el maestro Alfonso Reyes Echandía, el sujeto pasivo es “la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y

20 Lisandro Peña Nossa. *De las sociedades comerciales*, 8.^a ed. (Bogotá: ECOE ediciones, Universidad del Rosario, 2017), 413.

21 “Artículo 57. Modifíquese el numeral 5 al artículo 26 de la Ley 43 de 1990 y adiciónese un párrafo, los cuales quedarán así:

5. Los revisores fiscales tendrán la obligación de denunciar ante las autoridades penales, disciplinarias y administrativas, los actos de corrupción así como la presunta realización de un delito contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público económico que hubiere detectado en el ejercicio de su cargo. También deberán poner estos hechos en conocimiento de los órganos sociales y de la administración de la sociedad. Las denuncias correspondientes deberán presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes al momento en que el revisor fiscal hubiere tenido conocimiento de los hechos. Para los efectos de este artículo, no será aplicable el régimen de secreto profesional que ampara a los revisores fiscales.

Parágrafo: Las autoridades de inspección, vigilancia o control de las personas jurídicas que tengan revisoría fiscal podrán imponer las sanciones que correspondan, conforme a sus facultades, a los revisores fiscales por la omisión de la obligación de denuncia establecida en el numeral 5 del presente artículo”.

que resulta afectada por la conducta del sujeto agente”²², en el punible en estudio, los socios serán los sujetos pasivos, y quienes carezcan de dicha condición, a pesar de resultar afectados con el comportamiento de los sujetos activos del delito, solo alcanzarán la calidad de víctimas del mismo. Tal es el caso de la persona natural o jurídica que tiene una acreencia con la sociedad, la cual se vuelve de difícil cobro por la disposición irresponsable de los bienes de la sociedad o la adquisición de compromisos financieros que tornan en inviable la gestión de dicha sociedad.

Por otra parte, como la señala la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado en párrafos anteriores: “Si se admite al orden económico y social como bien jurídico mediato, también la comunidad o colectividad sería sujeto pasivo del delito”. Sobre el tema volveremos al hablar en forma específica del bien jurídico tutelado en el tipo penal en estudio.

Ahora bien, el hecho de que la norma se limite a señalar que los actos de deslealtad del sujeto activo deben causar un perjuicio evaluable económicamente a los socios, omitiendo a la sociedad, impide que esta última sea considerada como sujeto pasivo del comportamiento.

Al respecto, es preciso reiterar que la norma de la legislación penal colombiana fue copiada textualmente del artículo 295 del Código Penal español, por lo que resultan válidas las críticas que en su momento realizaron reconocidos tratadistas a la omisión comentada en el párrafo anterior. Así, Martínez-Bujan Pérez, al propugnar la inclusión de la sociedad como sujeto pasivo del delito en estudio, señala:

Por consiguiente, parece oportuno solicitar una clarificación del legislador en la descripción de estos elementos para solventar las dudas – que como se puede comprobar – han surgido en nuestra doctrina. Así, si, de conformidad con la opinión mayoritaria, se considera necesaria la inclusión de la sociedad en la esfera de sujetos pasivos, el legislador debería mencionarla explícitamente en la enumeración de sujetos sobre los que recae el perjuicio patrimonial en la descripción del resultado material.²³

3. La conducta

El tipo penal es de conducta alternativa, pues presenta dos posibilidades: por un lado, la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad y, por otro, contraer

22 Alfonso Reyes Echandía. *Derecho penal, parte general*, 10.^a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986), 150.

23 Carlos Martínez-Bujan Pérez. *Derecho penal económico, parte especial*. (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999), 270.

obligaciones económicamente perjudiciales a cargo de la sociedad. Se requiere la realización de una sola de las conductas reseñadas para la concreción del tipo penal. De esta forma, los verbos rectores de la conducta son: *disponer* y *contraer*. El primero implica enajenar, gravar, utilizar y usar ilegítimamente o de forma no autorizada los bienes que componen el patrimonio. El segundo se refiere a la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad en forma abusiva²⁴.

En la primera hipótesis contemplada en la figura, se requiere, como lo sugiere Alberto Suárez: "el abuso de las funciones propias del cargo, la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad, el provecho para el autor o un tercero, y causar un perjuicio económico a los socios"²⁵. Ejemplos de esta situación los señala con claridad Jason Alexander Andrade²⁶: descapitalizar la sociedad, conceder créditos sin garantía a cargo del patrimonio social, ordenar injustificadamente el giro de dineros a una persona, ordenar girar dineros para pagos de obligaciones personales.

En la segunda variante, es decir, la adquisición de obligaciones perjudiciales, según Alberto Suárez, se requiere: a) el abuso de las funciones propias del cargo, b) la adquisición de obligaciones que la sociedad no podrá satisfacer, c) el provecho para el autor o un tercero, y d) causar un perjuicio a los socios. Son ejemplos de esta conducta: celebrar contratos civiles o comerciales en situaciones desventajosas para la empresa y adquirir créditos cuantiosos con intereses elevados que aquella no podrá sufragar²⁷, reconocer deudas inexistentes o contraer una deuda cambiaria sin contraprestación para su firma o constituirse en garante²⁸.

A las citadas posibilidades en las dos modalidades puede agregarse las siguientes que sugiere Gómez-Jara:

Concesión de créditos sin garantías a cargo del patrimonio social, disposición de recursos sociales para atender a gastos personales de los administradores, contrataciones con sociedades vinculadas por precios superiores a los de mercado, distribución de dividendos ficticios o no distribuibles, remuneraciones abusivas de los administradores.²⁹

24 Corte Suprema de Justicia, SP3601-2021 (53624) del 18 de agosto de 2021.

25 Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 2.^a ed., 397.

26 Andrade Castro, "Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción", 22.

27 Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 399.

28 Daniel Pablo Carrera y Daniel Vásquez. *Derecho penal de los negocios*, (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004), 170.

29 Carlos Gómez-Jara Díez. "La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal?"

Otras formas de administración desleal las describe García de Enterría, en los siguientes términos:

A título meramente ejemplificativo, entraría aquí un supuesto que se ha reproducido en forma casi mimética en la mayoría de las crisis bancarias que han tenido lugar en nuestro país, como sería la obtención de préstamos de la sociedad por parte de los administradores (o de sociedades por ellos controladas) que son devueltos o la obtención de garantías sociales para deudas propias. Y también encajarían en este tipo, por ser las conductas preferentemente contempladas por el legislador, supuestos que parecen haberse reiterado en recientes escándalos financieros, como la utilización de fondos sociales para atender a gastos personales, el traspaso a la sociedad de las cargas y obligaciones de un contrato que tiene como beneficiarios personal al administrador, la adquisición por la sociedad de bienes a precios revalorizados y por encima de su precio de mercado para beneficiar al vendedor (fiduciario por lo general del administrador) o el pago de cantidades por supuestos servicios profesionales que en realidad no han sido prestados.³⁰

Ahora bien, el artículo 23 del Código de Comercio establece, como ya se había mencionado, que “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”, criterios que al desconocerse generan la conducta que consagra el tipo penal de la administración desleal.

Por lo anterior, la doctrina más autorizada ha afirmado que, con la creación del delito de administración desleal, el Estatuto Anticorrupción convirtió en delito la regulación comercial que fija la responsabilidad de los administradores³¹.

En las dos modalidades estudiadas, estamos frente a un tipo penal de resultado, toda vez que se requiere que se produzca un beneficio para el autor o para un tercero y un perjuicio económico a los socios³². Por tanto, es posible la tentativa. El perjuicio no se limita a perder efectivamente recursos, también incluye no ganar lo que está proyectado, y resulta factible con la correcta administración de la sociedad. En la segunda modalidad, el perjuicio se concreta en el aumento del pasivo. En cuanto al beneficio propio o del tercero, no es necesario que en efecto se obtenga, pues basta

En *La administración desleal de los órganos societarios*, Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 204.

30 García de Enterría. *Los delitos societarios: un enfoque mercantil*, 97.

31 Andrade Castro, “Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción”, 24.

32 Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 400.

que la conducta se hubiera dirigido a obtener tal fin, en la medida en que, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, la expresión *en beneficio propio o de un tercero* "dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la intención del sujeto activo de obtener el beneficio"³³.

Como puede observarse, las dos modalidades punibles de la conducta implican una acción, dejando por fuera cualquier posibilidad de producir el resultado a través de la omisión. De esta forma, como lo anotan algunos autores refiriéndose a la norma española de la cual se copió la disposición del Código Penal colombiano, quedarían sin sanción conductas como guardar silencio sobre la necesidad de no renovar un contrato que resulta lesivo para los intereses de la sociedad, ejemplo citado por Martínez-Bujan Pérez, siguiendo a Nieto³⁴.

Para que se perfeccione el ilícito, es requisito fundamental que el sujeto agente abuse de las funciones propias de su cargo, es decir, que supere las facultades que legal y estatutariamente se le hayan conferido, a tal punto que, como lo enseña la Corte Suprema de Justicia en la multicitada sentencia; "actúa como dueño de los bienes, con independencia de que los actos de dominio ostenten el carácter de permanente o definitivo, o simplemente temporal"³⁵.

Empero, esta disposición abusiva no resulta suficiente para concretar el ilícito, pues la norma exige, de manera expresa, que la disposición de los bienes sea también de forma *fraudulenta*. Lo fraudulento, como lo precisa el Diccionario de la Real Academia significa con fraude, esto es, "con engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza, que produce o prepara un daño generalmente material"³⁶.

También debe advertirse que, si el administrador adopta una decisión equivocada de negocio o pone en marcha negocios de riesgo, sin abuso de funciones, el tipo penal no se estructura, pues la norma no sanciona la incompetencia o negligencia del administrador³⁷. En nuestro criterio, estaría actuando dentro del riesgo permitido. Por esta razón, la Corte Suprema de Justicia, en su decisión SP008 (Radicado 58915), del 25 de enero de 2023, concluyó que: "El derecho penal sanciona el fraude y el abuso, no la mala administración".

33 Corte Suprema de Justicia, SP3601-2021 (53624) del 18 de agosto de 2021.

34 Martínez-Bujan Pérez. *Derecho penal económico, parte especial*, 275.

35 Corte Suprema de Justicia, SP3601-2021 (53624) del 18 de agosto de 2021.

36 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 19.^a ed., tomo III. (Madrid: Editorial Espasa, 1970), 639.

37 Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 27. En el mismo sentido: Andrade Castro, "Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción", 26-27.

4. Objeto material

El objeto material lo constituyen los bienes muebles e inmuebles de la sociedad, al igual que los derechos de crédito y las obligaciones, esto es, los compromisos económicos adquiridos por la empresa.

Se extraña en la norma la mención a los bienes de los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, los cuales aparecían en el proyecto de Código Penal español de 1992 y desaparecieron en la redacción definitiva de 1995 en España y, de contera, en el artículo 250B de la normatividad colombiana que, como se ha repetido, copió textualmente la norma de la legislación española. Esta omisión deja por fuera los perjuicios que se pueden causar, por ejemplo, a los ahorradores del sistema financiero.

5. Objeto jurídico

Debido a la ubicación del artículo 250 B, en el título VII del Código Penal colombiano, que aglutina las ofensas contra el patrimonio económico, el sector mayoritario de la doctrina ha considerado que el bien jurídico tutelado en el punible en estudio lo constituye dicho patrimonio económico. Sin embargo, compartimos la afirmación de autores como Martínez Bujan-Pérez respecto a que la administración desleal 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).³⁸

En esta dirección, si se ha entendido que los delitos socioeconómicos encuentran su razón de ser en la vulneración de las normas de intervención del Estado en la economía, es de recibo esta última afirmación, pues es sabido que en Colombia la vigilancia y el control de las sociedades se encuentran a cargo de la Superintendencia de Sociedades, y cuando estas sociedades pertenecen al sector financiero o al solidario, dicha supervisión es responsabilidad de la Superintendencia Financiera y de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Dichas instituciones dictan permanentemente disposiciones a las cuales deben sujetarse las vigiladas y cuyo desconocimiento conduce a conductas de contenido penal cuando el legislador ha encontrado que el derecho sancionador resulta insuficiente para evitar actuaciones que desconozcan tales disposiciones, razón por la cual ha creado

38 Martínez-Bujan Pérez. *Derecho penal económico, parte especial*, 267.

determinadas conductas punibles. Nos referimos así a delitos como el lavado de activos, el agiotaje, la usura, la exportación e importación ficticia y los delitos financieros, entre otros.

La Corte Suprema de Justicia, al aceptar el carácter pluriofensivo del punible en estudio, se decanta por la posibilidad de que el mismo ponga en peligro el orden económico social. Afirma el alto tribunal:

En el asunto de la especie, tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de la administración desleal, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico colectivo, orientado a la tutela de intereses supraindividuales, entre otros, el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles, la estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico y económico como motor del desarrollo del país y la fiabilidad de la buena marcha de las sociedades en el marco de la economía de mercado, todos ellos dirigidos a garantizar el buen orden del sistema económico.

Por contera, se considera que a la protección del patrimonio (insístase, de la sociedad y/o de los socios), no se arriba a través de simples intereses individuales o particulares, sino que, evidentemente *concurren intereses colectivos*, referidos, en sentido amplio, al orden económico social. Así, la lesión del patrimonio individual supera el interés de los socios y coloca en peligro el orden socioeconómico.³⁹

Al respecto, es conveniente también señalar que, conforme a la identificación que algunos autores encuentran entre el delito contra el orden económico social y el de cuello blanco, también sería aceptable la idea de que el punible de administración desleal pueda erigirse en una conducta que afecta dicho orden económico social. Al respecto, puede leerse el comentario de Schunemann, según el cual:

Por tanto, se equivoca de raíz la polémica —cada vez mayor en los últimos tiempos— sobre el tipo de la administración desleal; esta solo puede explicarse desde el punto de vista sociológico; la administración desleal es objeto de publicaciones habituales por parte de los abogados defensores, para quienes el ámbito de la delincuencia de cuello blanco —que es al que pertenece la administración desleal— ofrece mayores estímulos que los que se derivan del delito mixto del artículo 263 de Código Penal Alemán⁴⁰ o, más aún, del típico delito de clase baja contenido en el artículo 242⁴¹ del Código Penal Alemán.⁴²

39 Corte Suprema de Justicia, SP3601-2021 (53624), 18 de agosto de 2021. Cursivas añadidas.

40 Se refiere al delito de estafa

41 Se refiere al delito de hurto.

42 Bernd Schunemann. “¿Infracción grave del deber en la administración desleal?”. En *La administración*

Desde una óptica funcionalista, el profesor Percy García Caverro, al analizar el artículo 198 del Código Penal peruano, conocido como “Administración fraudulenta de persona jurídica”, es de la idea de que el tipo penal en estudio:

No protege el patrimonio de la persona jurídica o de terceros, sino la expectativa normativa de conducta de que los directivos o administradores de una persona jurídica no abusarán o incumplirán sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a ésta o a terceros. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a esta norma infringida.⁴³

6. Tipo subjetivo

La forma como está redactado el tipo penal de administración desleal en el artículo 250 B del Estatuto de Penas colombiano nos permite deducir, sin duda alguna, que el comportamiento solo puede realizarse a través de la modalidad dolosa. En el evento en que la pérdida de bienes de los socios se produzca por una conducta que viola el deber objetivo de cuidado (negligencia, imprudencia, impericia o que viola reglamentos), la misma no es sancionable por no considerarse en el Código Penal la modalidad culposa de este comportamiento, requisito insustituible de nuestro Estatuto Penal, según los términos del artículo 21 de dicha normativa⁴⁴.

7. Concursos

La conducta en estudio puede concursar con otros tipos penales, como la falsedad, los préstamos no autorizados con accionistas o asociados y la corrupción privada. Asimismo, es posible que nos encontremos frente a un concurso aparente de tipos penales entre la conducta estudiada, el hurto y el abuso de confianza, entre otros.

En primera instancia, consideramos que puede presentarse un concurso homogéneo sucesivo de delitos cuando el sujeto activo realiza varias operaciones comerciales diferentes que implica, cada una de ellas, la disposición de los bienes de la sociedad o el contraer obligaciones a cargo de la entidad, en ambos casos, en forma fraudulenta, causando así un perjuicio económicamente evaluable a los

desleal de los órganos societarios, ed. Carlos Gómez-Jara Díez, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 88.

43 Percy García Caverro. *Derecho penal económico. Parte especial*. Tomo II. (Lima: Editorial Grijley, 2007), 363.

44 En el mismo sentido. Carlos Guillermo Castro Cuenca y Juanita Ospina Perdomo. *Derecho penal societario*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 129.

socios. Por ejemplo, si el sujeto activo vende algunos inmuebles en procura de liquidez cuando ella no es necesaria, o adquiere obligaciones con varias entidades bancarias con elevados intereses cuando el dinero no es requerido por la sociedad o es posible obtener tasas más favorables.

Ahora bien, también cabe pregonar el concurso de delitos entre la administración desleal y el punible de falsedad, cuando se utilizan documentos falsos para la realización de las operaciones que, en forma fraudulenta, realiza el sujeto agente, causando con ello un perjuicio a los socios, pues como bien lo indica Suárez Sánchez, "el concepto de fraudulento, que implica engaño, falacia o mentira, no lleva implícito la utilización de documentos espurios"⁴⁵.

Por otra parte, cuando el administrador (director, administrador, representante legal o funcionario) autoriza créditos o efectúa descuentos por encima de lo autorizado en la ley, y con dicho comportamiento genera perjuicio a los socios, puede sostenerse, con razón, el concurso de delitos entre la administración desleal y el punible consagrado en el artículo 315 del Código Penal. En este evento, el fin de la norma del 315 es el de proteger el sistema financiero para prevenir posibles crisis financieras, en tanto que la administración desleal procura sancionar a quienes defraudan la confianza de los socios de la entidad; en el caso comentado, los accionistas de una entidad bancaria o los asociados de una cooperativa. En el primer caso, nos encontramos frente a un tipo penal que tutela el orden económico social, mientras que, en el segundo, se protege el patrimonio económico.

Asimismo, puede aceptarse el concurso de delitos entre los punibles de administración desleal y el de corrupción privada tipificado en el artículo 250 A, del Código Penal, creado por la Ley 1474 de 2011. En efecto, cuando el directivo (insistimos que debe señalarse *el director*), administrador, empleado, asesor de la sociedad reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de la *sociedad*, y con dicho comportamiento también cause un perjuicio a los *socios*, se agotan los dos tipos penales comentados en precedencia⁴⁶. Tal es el caso de un administrador que acepta una coima de una sociedad que está interesada en comprar algunos bienes que este ha ofrecido en venta con abuso de sus funciones y de manera fraudulenta, por ejemplo, aparentando que tal operación cuenta con la aprobación de la junta directiva.

45 Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 2.^a ed., 405.

46 Sobre el punto puede leerse el debate planteado en Alemania para resolver el posible concurso entre el artículo 299 (corrupción privada) y el 266 (administración desleal). Carlos Gómez-Jara Díez. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico*. (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012), 284.

Podría pensarse, por otra parte, que en el evento de que el administrador desleal realice actos para dar apariencia de legalidad a los bienes que obtiene como resultado de su conducta delictual pueda incurrir también un delito de lavado de activos. No obstante, tal posibilidad no es viable, puesto que los delitos contra el patrimonio económico no están consagrados como un punible fuente o base del lavado de activos. Lo anterior nos permite reiterar nuestra crítica al legislador colombiano por utilizar el sistema de lista cerrada para establecer los delitos originarios, con lo cual se dejan por fuera una serie de comportamientos que bien pueden derivar en un lavado de activos⁴⁷.

Finalmente, compartimos la posición de Suárez Sánchez, cuando sostiene que no es pregonable el concurso de delitos entre la administración desleal y los delitos de abuso de confianza y de hurto, o se trata de un concurso aparente de tipos penales, pues, al utilizar las dos disposiciones los verbos rectores *apropiarse* o *disponer*, “se trata de la misma conducta que se adecúa en dos tipos diferentes y su doble sanción no la permite el principio *non bis in ídem*”⁴⁸, o como lo afirma Andrade Castro, “[e]l tipo que define la administración desleal, por ende, no solo goza de mayor riqueza descriptiva que el abuso de confianza, sino que, especialmente, comporta un mayor contenido de desvalor punitivo”⁴⁹.

8. Punibilidad

La realización de la conducta punible contemplada en el artículo 250 B acarrea una sanción de prisión de cuatro a ocho años y una multa de diez a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. De esta forma, la persona condenada por este ilícito tiene derecho a gozar del subrogado penal de la prisión domiciliaria, lo cual evidencia, una vez más, el benévolo trato que se da en Colombia a comportamientos que encajan en el tradicional concepto de *delito de cuello blanco*.

47 Hernando A. Hernández Quintero. *El lavado de activos*, 5.^a ed. (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2021), 162.

48 Suárez Sánchez. *Delitos contra el patrimonio económico*, 2.^a ed., 406.

49 Andrade Castro, “Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción”, 22.

Bibliografía

- Andrade Castro, Jeison Alexander. "Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción". En *XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Carrera, Daniel Pablo, y Humberto Vásquez. *Derecho penal de los negocios*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo, y Juanita Ospina Perdomo. *Derecho penal societario*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.
- García de Enterría, Javier. *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- García Cavero, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Tomo II, Lima: Editorial Grijley, 2007.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. "La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el derecho penal español: ¿un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal?". En *La administración desleal de los órganos societarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, 155-207.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Hernández Quintero, Hernando A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 9.^a edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020.
- Hernández Quintero, Hernando A. "El derecho penal como herramienta contra la corrupción en Colombia". *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 371, enero-junio (2020): 501-528.
- Hernández Quintero, Hernando. *El lavado de activos*. 5.^a edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho penal económico. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Moreno Cánoves, Antonio y Francisco Ruiz Marco. *Delitos socioeconómicos*. Zaragoza: Editorial Edijus, 1996.
- Narvéez García, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades*. 9.^a edición. Bogotá: Editorial Legis, 2004.
- Peña Nossa, Lisandro. *De las sociedades comerciales*. 8.^a edición. Bogotá: Ediciones ECO, Universidad del Rosario, 2017.

- Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho penal. Parte general*. 10.^a edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.
- Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho societario*. 3.^a edición. Bogotá: Editorial Temis, 2016.
- Schunemman, Bernd. "¿Infracción grave del deber en la administración desleal?" En *La administración desleal de los órganos societarios*. Editado por Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Suárez Sánchez, Alberto. *Delitos contra el patrimonio económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Tiedemman, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Viveros Castellanos, Yezid; Sonia Milena Vargas Gamboa & Diego Ovalle Ibáñez. *Derecho penal especial casuístico*. Tomo I. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2017.