

El tipo penal de administración desleal es pluriofensivo

El origen del hecho punible en cuestión hunde sus raíces en una iniciativa gubernamental que aglutina herramientas con la pretensión de combatir un fenómeno de macrocriminalidad que afecta al interés general, como lo es la corrupción, extendida de su nicho habitual en el sector público hasta penetrar el entorno privado. El legislador situó la infracción delictiva en aquellos delitos que atentan contra el patrimonio económico y con ello signó el bien jurídico tutelado. Tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de administración desleal, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico, pero, a la par, se advierte un bien jurídico 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 de 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. Así, la lesión del patrimonio individual supera el interés de los socios y pone en peligro el orden socioeconómico e incluso la administración pública.

*Fernando Velásquez Velásquez¹
Diana Carolina Agudelo Mancera²*

¹ Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. E-Mail: fernando.velasquez@usa.edu.co. Este trabajo forma parte de las incursiones académicas adelantadas por el Grupo de Investigación y Ciencias Penales “Emiro Sandoval Huertas”, API “Criminalidad, Justicia y Paz”.

² Profesora de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. E-Mail: diana.agudelo.mancera@gmail.com. Este trabajo forma parte de las incursiones académicas adelantadas por el Grupo de Investigación y Ciencias Penales “Emiro Sandoval Huertas”, API “Criminalidad, Justicia y Paz”.

Apartes de la providencia

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal

Sentencia SP3601-2021 de 18 de agosto de 2021

Magistrado Ponente: Fabio Ospitia Garzón

Radicado: 53624

[...] V. CONSIDERACIONES³

5.1.3 El problema jurídico principal que afronta la Corte se circunscribe a determinar si la dación en pago que MBAO, actuando en su condición de gerente y representante legal de la Clínica, efectuó a ECRF, socia y miembro de la junta directiva de la misma entidad, respecto del lote de terreno identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623, actualiza el tipo de administración desleal previsto en el artículo 250B del Código Penal.

En el examen que el asunto de la especie concita, la Sala: (i) a partir de un estudio de sus antecedentes en la legislación colombiana y en el derecho comparado, abordará el análisis dogmático del ilícito de administración desleal; y, (ii) resolverá el caso concreto, a partir de la respuesta a los cargos propuestos y admitidos en casación y de un análisis integral del conjunto probatorio, sin el rigor propio del medio de controversia extraordinario, con la finalidad de garantizar la doble conformidad judicial de las procesadas.

5.2 Del punible de administración desleal

5.2.1 Antecedentes

Además de ciertos instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano⁴, nuestro país cuenta desde 1995 con una codificación –Ley 190⁵– consagratória de medidas tendientes a luchar contra la corrupción.

³ Nota del Editor: Se transcriben los más importantes apartes de la Sentencia; la enumeración de los pies de página cambia al ser una publicación parcial del proveído. Además, se omiten los nombres de las personas involucradas en el litigio y de aquellos eventos que delaten su identidad.

⁴ Por ejemplo: (i) la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), incorporada por la Ley 412 de 1997; (ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por la Ley 970 de 2005, por la cual se aprueba la CNUCC en Colombia; y, (iii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada mediante la Ley 800 de 2003, la cual establece en su artículo 8 la obligación para los Estados parte de “penalizar la corrupción”.

En el año 2011, con el ánimo de actualizar la normatividad frente a novedosos contextos delictivos que comprometen el indebido manejo y apropiación de recursos públicos y a hacer frente a aquel fenómeno criminal, extendido al ámbito privado, sobre todo en el ejercicio empresarial, el legislador expidió la Ley 1474⁶, comúnmente conocida como Estatuto Anticorrupción.

De la lectura de este último cuerpo legal, entre otros asuntos relacionados con la creación de organismos especiales para encarar situaciones que atentan o lesionan la moralidad en la administración pública y con políticas institucionales y pedagógicas para prevenir la corrupción (especialmente en la contratación estatal), claramente se establece la consagración de diversas medidas orientadas a combatir la corrupción, verbigracia: (i) administrativas; (ii) penales; (iii) disciplinarias; y (iv) de control fiscal.

Dentro de las segundas y para lo que al asunto *sub examine* interesa, se encuentra la tipificación de conductas punibles cometidas en el escenario societario o corporativo: corrupción privada, administración desleal, utilización indebida de información privilegiada, evasión fiscal y acuerdos restrictivos de la competencia (artículos 16, 17, 18, 21 y 27 que, respectivamente, adicionaron y modificaron el Código Penal en sus artículos 250A, 250B, 258, 313 y 410A).

Precisamente, al interior del Capítulo Quinto (del abuso de confianza), Título VII (delitos contra el patrimonio económico), Libro Segundo del Estatuto Punitivo, el canon 17 de la Ley 1474 de 2011 adicionó el artículo 250B, el cual es del siguiente tenor:

“Administración desleal. 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 esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en [...]”.

En la exposición de motivos de la anunciada Ley (Proyecto de Ley n.º 142 de 2010 Senado⁷), presentado a iniciativa del Gobierno Nacional a través del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, frente al punible de administración desleal, se lee:

⁵ Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

⁶ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

⁷ Gaceta del Congreso n.º 607 de septiembre 7 de 2010, págs. 17 y 18. Proyecto de Ley n.º 174 de 2010 Cámara.

2.2 Segundo capítulo: medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada

La corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público, en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno. En este sentido, este proyecto plantea una política de cero tolerancia a la corrupción a través de diversas medidas que permitan al Estado no solamente ejercer una represión del fenómeno, sino también hacer un llamado preventivo general a que las personas que piensan incurrir en un acto de corrupción desistan de tal finalidad: (...) D. 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.

Ambos delitos tienen elementos restrictivos muy especiales, pues no solamente exigen para su configuración la existencia de un acto desviado, sino también la creación de un perjuicio al ente al cual se representa o en el cual se labora.

Hasta aquí es imperioso manifestar que el origen del punible en cuestión hunde sus raíces en una iniciativa gubernamental que aglutina herramientas con la pretensión de combatir un fenómeno de macrocriminalidad que afecta al interés general, como lo es la corrupción, extendida de su nicho habitual en el sector público, hasta penetrar el entorno privado.

Con todo, al parecer, en atención a esto último, el legislador situó la infracción delictiva en aquellos delitos que atentan contra el patrimonio económico y con ello signó el bien jurídico tutelado. Sobre esta temática se volverá más adelante.

5.2.2 Origen del ilícito en el derecho comparado

De la revisión del Proyecto de Ley n.º 142 de 2010 Senado, en su trámite, discusión, conciliación y aprobación en Senado y Cámara⁸, se advierte que el órgano legislativo

⁸ Trámite consultado en: <https://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/137-proyecto-de-ley-no-142-de-2010-senado-174-de-2010-camara-proyecto-de-ley-por-la-cual-se-dictan-normas-orientadas-a-fortalecer-los-mecanismos-de-prevencion-investigacion-y-sancion-de-act> y [http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/142-por-la-](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/142-por-la)

patrio, más allá de la modificación en el *quantum* punitivo (para aumentarlo), no efectuó variación alguna respecto de los contornos de la estructura típica del punible de administración desleal propuesto por el gobierno, el que guarda correspondencia con el tipo penal homólogo instituido en la legislación española, extraído de la Ley Orgánica 10 de noviembre 23 de 1995⁹ (Código Penal).

En el país ibérico, la arquitectura original de aquella infracción establecía¹⁰:

Artículo 295. 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 (...).

Es conveniente indicar que el Código Penal español de 1995, ubicó la tipificación de administración desleal como un delito societario (establecido en el Capítulo XIII, Título XIII *delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*).

No obstante, esta norma fue suprimida por el artículo único ciento sesenta de la Ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015¹¹, convirtiéndose, por virtud del artículo único ciento veintiocho *ibidem*, en el artículo 252 (ahora en el capítulo VI *de la administración desleal*, del mismo Título XIII), así:

1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado (...).

Vale decir, pasó de ser delito societario, a infracción contra el patrimonio, de la que puede ser víctima cualquiera que confiera a otro la administración de su patrimonio¹².

cual-se-dictan-normas-orientadas-a-fortalecer-los-mecanismos-de-prevencion-investigacion-y-sancion-de-actos-de-corrupcion-y-la-efectividad-del-control-de-la-gestion-publica-anticorrupcion.

⁹ En vigor, a partir del 24 de mayo de 1996.

¹⁰ Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=448&tn=1&p=19951124#a295>

¹¹ En vigor, a partir del 1 de julio de 2015.

¹² En el preámbulo de la ley, se lee:

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona.

La última referencia normativa de derecho comparado es traída por la Corte a simple título informativo, habida cuenta que, para todos los efectos, se tendrá en cuenta la codificación anterior, pues, innegable resulta que ese fue el modelo descriptivo adoptado por el legislador colombiano.

A partir de esta precisión, útiles resultan las consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, cuando en reiterada jurisprudencia se ha referido a los requisitos que la norma reclama (artículo 295 del Código Penal de ese país), para entender configurada la conducta delictiva de administración desleal.

Por ejemplo, en sentencia de casación STS 3533/2020 de 21 de octubre¹³ (Cfr. igualmente, entre otras, STS 4273/2017 de noviembre 29¹⁴), explicó¹⁵:

[e]s necesario recordar los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la comisión del tipo penal del artículo 295 vigente en el momento de los hechos:

1.º En cuanto al sujeto activo ha[n] de ser los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida [o] en formación –conforme la definición legal del artículo 297 CP que incluye a las cooperativas–.

2.º La acción nuclear es doble: o bien la disposición fraudulenta de los bienes o también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad. De tal forma que el legislador ha previsto dos modalidades alternativas de la acción en las que deben plasmarse la administración desleal,

La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado.

¹³ Cfr. n.º de recurso 2965/2018; n.º de resolución 528/2020.

¹⁴ Cfr. n.º de recurso 753/2017; n.º de resolución 772/2017. <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/182a61456734a9fd/20171213>

¹⁵ Consultada en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/aca3d49891f7471c/20201110>

siendo válida cualquiera de ellas para cometer el delito, sin que sea preciso que ambas aparezcan simultáneamente en el caso concreto (tipo mixto alternativo).

En el primer caso el tipo de infidelidad del administrador se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad. En el tipo de infidelidad no es necesario que la conducta punible se manifieste mediante la celebración de negocios jurídicos en los que la sociedad sea perjudicada mediante obligaciones abusivas (SSTS 949/2004 del 26 julio, 402/2005 de 10 marzo).

La segunda modalidad típica consiste en contraer obligaciones con cargo a los bienes de la sociedad, supone hacerla aparecer como titular de cargas que no responden a los objetivos sociales, sino van en beneficio del sujeto activo o un tercero.

3.º Un elemento normativo del tipo constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedad[es] (o cooperativas) para su interpretación.

El abuso significa –dice la STS 91/2010 y 15 febrero– una actuación que sobrepasa los deberes de lealtad del administrador para con la sociedad representada y los socios. No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo, que [s]on dos cosas distintas. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales.

4.º El resultado es un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

Ahora bien, si bien el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es el patrimonio de aquellas personas, puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir “depositantes”), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo (SSTS 121/2008 del 26 febrero, 374/2008 del 24 junio).

5.º Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde 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 patri-

monial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.

La doctrina entiende que “en beneficio propio o de un tercero” representa un elemento subjetivo del injusto y que por tanto, su función consiste en configurar la antijuridicidad de la conducta desde el ángulo del autor, calificando este supuesto como delito de intención o tendencial (STS 374/2008 de 24 junio).

5.2.3 Análisis dogmático

5.2.3.1 Tipo objetivo

5.2.3.1.1 Bien jurídico tutelado

Recuérdese que el tipo penal *sub examine* fue incorporado al Título VII (delitos contra el patrimonio económico) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, a través del Capítulo V denominado “Del abuso de confianza”.

Tal y como se infiere de la ubicación de la respectiva disposición prohibitiva en el Estatuto Punitivo, ninguna duda asoma en que la administración desleal se enlista entre los punibles que afectan el patrimonio económico.

Ahora, lo que no resulta pacífico es la naturaleza del desmedro patrimonial al que la norma pretende brindar protección jurídico penal, asunto que en España mereció amplio debate doctrinal¹⁶, luego trasladado al escenario judicial¹⁷.

Con todo, como acaba de verse, el Tribunal Supremo de ese país parece convenir en que, en el punible de administración desleal, es dable considerar que el patrimonio protegido por el legislador consiste, tanto en el adjudicado al sujeto pasivo descrito en la infracción delictiva, como en el de la sociedad, pues, “no puede comprenderse un perjuicio social

¹⁶ Con relación al original artículo 295 del Código Penal de 1995, en la doctrina española se escucharon voces divididas en torno al tópico, al punto que se defendieron posturas del siguiente calado: (i) el patrimonio protegido es, por igual, el de la sociedad y el de los demás sujetos pasivos enumerados en el tipo penal; (ii) debe excluirse de resguardo al patrimonio social y circunscribir como protegido, el patrimonio de los sujetos puntualizados en la norma; y (iii) ha de protegerse el patrimonio en sentido lato, esto es, sin referencia a algún sujeto concreto y sin responder con exactitud a la pregunta de a quién pertenece ese patrimonio. Una aproximación al tema puede leerse en Vera Rivera, M., El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal. 2017, pp. 284 a 288. Consultada en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/43599/1/T39008.pdf>

¹⁷ Esto se explica en tanto decisiones de diversas Audiencias Provinciales, se cimentaron en posiciones antagónicas.

que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación” (Cfr. sentencia STS 916/2010 de 15 de febrero¹⁸).

Un análisis reflexivo —se agrega— sugiere que, si el patrimonio de los socios ha sido dañado por cuenta del proceder del sujeto activo de la conducta, ello, de suyo, implica la afectación del patrimonio social, o viceversa. Dicho de otra manera, no es posible lesionar los patrimonios individualmente considerados al interior de una sociedad, sin menoscabar el haber social. No podría efectuarse un ataque a los intereses de los socios, sin configurar una agresión del patrimonio social.

No de otra manera se explica que la descripción típica haga referencia a un perjuicio económicamente evaluable a los socios, pero, a través de la disposición fraudulenta “*de los bienes de la sociedad*”, o a la contracción de “*obligaciones a cargo de ésta*”.

Para ahondar en razones bien puede acudirse, como método de interpretación, a la intención o espíritu del legislador¹⁹ en la incorporación del artículo 250B al Código Penal, para de él concluir que, aun cuando el tipo penal solo refiere el perjuicio a los socios, no puede desconocerse que en la exposición de motivos se señaló que la delincuencia de administración desleal estaba ligada a un acto desviado, que origina “*perjuicio al ente al cual se representa o en el cual se labora*” [subrayado por la Sala].

Lo expuesto en precedencia necesariamente apunta a que el bien jurídico protegido patrimonio abarca, tanto al social, como al de los socios.

Otro aspecto que merece análisis es el carácter uniofensivo o pluriofensivo de la norma.

La Sala ha explicado (Cfr. CSJ SP112-2019, 30 en. 2019, rad. 48388) que el derecho penal, al reconocer ciertos objetos jurídicos (verbigracia, la vida, la libertad, el patrimonio económico, la salud, seguridad o administración públicas, etc.) concretos de protección (individuales o colectivos), a partir de referentes con asiento en la realidad, determina cuáles actividades de los ciudadanos merecen ser desaprobadas, reprimidas y castigadas con alguna sanción, a efecto de garantizar la inmutabilidad de cada interés superior.

Así mismo, en sentencia CSJ SP1245-2015, 11 feb. 2015, rad. 42724, señaló:

Sobre la manera de definir los bienes jurídicos tutelados, la doctrina ha reconocido que, generalmente, el interés jurídico tutelado aparece instituido en los títulos y capítulos que agrupan

¹⁸ Cfr. n.º de recurso 1488/2009; n.º de resolución 91/2010.

¹⁹ Código Civil. Artículo 27: *Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.*

los delitos, pero, en veces, es el intérprete quien debe identificarlo acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de los títulos y los capítulos, que forman la Parte especial, con el “sentido” de la acción descrita en un determinado tipo (...). Y no pocas veces la forma de la acción indicará que, pese a la localización del bien jurídico enunciado por este solo indirectamente se corresponde con el protegido según el tipo: por ejemplo, [en Argentina] el delito de violación (...) está inserto entre los “delitos contra la honestidad”, pero de su contenido se deduce, sin esfuerzos, que lo que en realidad protege es la “libertad sexual”.

A veces ocurre que el tipo comprende más de un bien jurídico (p. ej. En el “secuestro” de una persona para pedir rescate (...) entran en juego los bienes jurídicos de la propiedad y de la libertad); en esos casos la tipicidad de la conducta que se examina (...) dependerá del bien jurídico preponderantemente afectado por la conducta del agente, lo cual será materia de interpretación en cada caso particular²⁰.

Lo anterior para significar que una conducta puede lesionar, al mismo tiempo, varios bienes jurídicos, uno de ellos apreciado por el legislador como principal (corresponde a la denominación que aparece en cada Título del Estatuto Punitivo) y, los demás intereses que resultaren amenazados o afectados, que se tienen como secundarios por ser indirecta su amenaza.

En el asunto de la especie, tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de administración desleal, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico, pero, a la par, se advierte un bien jurídico 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 de 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.

Ahora, un asunto no menor y que corrobora la pluriofensividad de la conducta, dice relación con su origen, pues, en el caso colombiano, la administración desleal nace en el marco de algunas “medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada”, establecidas al interior de lo que ha dado en llamarse Estatuto Anticorrupción.

²⁰ CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. 5ª edición. Editorial Astrea. Universidad del Rosario. Buenos Aires, Bogotá. 2012, pp. 194-195.

En ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en la sentencia CC C-084-2013, examinó algunas normas de la Ley 1474 de 2011 y luego de referir la definición de corrupción establecida en su artículo 16 (corresponde al canon 250A del Código Penal), expuso que “*la Ley 1474 de 2011 se refiere en sus artículos 2, 3, y 13 a 33 a un conjunto de conductas punibles contra la Administración Pública, consideradas como actos de corrupción, dentro de las cuales se encuentran (...) la administración desleal (...) entre otras conductas*” [subrayado fuera de texto].

Y, en providencia CC C-434-2013 (reiterada en CC C-392-2019) examinó una demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2.º del artículo 84 del mismo Estatuto, oportunidad en la que explicó:

[e]n el ordenamiento jurídico colombiano es posible determinar qué tipos penales constituyen actos de corrupción.

Un primer instrumento jurídico que resulta útil es la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, incorporada mediante la ley 412 de 1997²¹ (...)

Otro instrumento jurídico que sirve para determinar qué actos punibles implican corrupción es la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, aprobada mediante la ley 970 de 2005²² (...) Como resultado de la exigencia de tipificación penal de aquellas conductas

²¹ Respecto de la que se lee en la página web del observatorio anticorrupción y de integridad en Colombia “[l]a Convención Interamericana Contra la Corrupción constituye el primer compromiso internacional para la promoción del buen gobierno y el sistema más amplio de cooperación contra la impunidad. Fue firmada por 22 países de la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas, después de su discusión y redacción por el “Grupo de Expertos” que funcionó en la OEA, Washington D.C., durante 1995. Constituye un marco de referencia regional, concentrado en el desempeño del sector público y sus funcionarios. Fue ratificada por Colombia mediante la Ley 412 de 1997. Los antecedentes más importantes de la convención fueron la Cumbre de Presidentes de las Américas, organizada en Miami, en diciembre de 1994 y la “Primera Conferencia Mundial de Ética en el Gobierno”, desarrollada en Washington D.C. en noviembre del mismo año”. Información tomada el 06 de junio de 2013 de <http://www.anticorrupcion.gov.co/educacion/Normatividad.aspx>

²² Respecto de la que se lee en la página web del observatorio anticorrupción y de integridad en Colombia “Firmada en diciembre de 2003 y ratificada por Colombia mediante la Ley 970 de 2005. Busca que los países firmantes adopten políticas severas contra el soborno. Hace referencia explícita a la importancia de incluir al sector privado en la lucha contra la corrupción. Exige que los países tipifiquen como delito una amplia gama de actos de corrupción, cuando no lo establece así su derecho interno. Si bien esta tipificación en algunos casos es obligatoria y en otros es optativa, la obligatoriedad incluye con-

que implican corrupción de acuerdo con la Convención firmada en el seno de las Naciones Unidas, el Estatuto contra la Corrupción –ley 1474 de 2011–, consagró un capítulo específico para las medidas penales que se implementarían en contra de la corrupción pública y privada. Dentro de este capítulo adicionó tipos penales existentes en el actual código penal, como son (...). Creó nuevos tipos penales como el delito de corrupción privada –artículo 16–; la administración desleal –artículo 17– (...) Y, finalmente, modificó tipos existentes como (...).

Adicionalmente, resalta la Sala que la determinación sobre si un hecho punible es un acto de corrupción deberá tener en cuenta que durante los debates legislativos del ahora Estatuto Anticorrupción se expresó la intención de consagrar como actos de corrupción, no sólo las formas tradicionales de atentar contra la administración pública y el patrimonio público sino, todos los delitos relacionados con actividades que constituyen corrupción; en este sentido se manifestó que “[l]a corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público [podría entenderse: privado], en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno”²³.

Esta posición resalta la especialidad que el fenómeno de la corrupción adopta en el Estado colombiano. Más allá del tradicional soborno por parte de individuos que están fuera del Estado con la intención de manipular decisiones o procesos en una institución pública, en Colombia se han observado nuevas formas de corrupción que buscan dominar, capturar o cooptar instituciones públicas para, desde dentro, beneficiarse de los recursos por ellas manejados.

En este sentido, la definición adoptada por el Congreso de la República refleja una concepción dinámica del fenómeno de la corrupción, en la que se tiene en cuenta la gran capacidad de mutación de las formas en que se concreta, así como de la complejidad que adoptan dichas formas. Esta concepción deberá ser el fundamento conceptual para determinar los hechos punibles que sean manifestación de este fenómeno en el ordenamiento colombiano a efectos, entre otros, de la inhabilidad prevista en el literal acusado [subrayado en esta oportunidad].

ductas tales como el soborno (incluyendo la “propina” al policía de tránsito para evitar una multa), la malversación o el peculado de fondos públicos, así como el blanqueo del producto de la corrupción y la obstrucción de la justicia. Igualmente se exhorta a que los países consideren la posibilidad de penalizar el tráfico de influencias y el encubrimiento del producto de la corrupción. Hace énfasis en la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas. Y centra en la prevención y en el trabajo colaborativo entre las naciones dos ejes del combate a la corrupción”. Información tomada el 06 de junio de <http://www.anticorrupcion.gov.co/educacion/Normatividad.aspx>

²³ Ponencia para debate en Comisión Primera de Senado de la República, en Gaceta del Congreso n. 784 de 19 de octubre de 2010.

Más allá de la corrección o no, en lo atinente a la ubicación del injusto de administración desleal en la estructura del Código Penal, debate que desbordaría el análisis dogmático propuesto, lo cierto es que el objeto indiscutible de la ley en comento es la adopción de medidas necesarias para prevenir, investigar, sancionar, mitigar y erradicar las dinámicas sociales anejas a la corrupción, tanto en el sector público, como en el ámbito privado²⁴.

Por tanto, a voces del Alto Tribunal Constitucional y del propio legislador de 2011, también habría de admitirse como bien jurídico protegido a la administración pública, “*en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos*”.

En suma, de lo especificado es posible decantar que el comportamiento delictivo de administración desleal:

(i) es de naturaleza pluriofensiva;

(ii) por la ubicación del tipo penal en los delitos contra el patrimonio económico, este bien jurídico concreto se protege de forma directa (inmediata);

(iii) el patrimonio al que se refiere la norma es el de la sociedad y/o el de los socios individualmente considerados; y,

(iv) la acción típica prohibida, protege otros bienes jurídicos, de carácter intermedio (mediato), como son el orden económico social y la administración pública, esta última, con ocasión de hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción.

5.2.3.1.2 Sujeto activo

La administración desleal es una conducta de sujeto activo *calificado*, habida cuenta que solo²⁵ la cometen quienes, dentro de una sociedad constituida o en formación, actúen en calidad de: (i) administrador de hecho o de derecho; (ii) socio; (iii) directivo; (iv) empleado; o, (v) asesor.

El alcance de cada uno de estos conceptos, hallan su fuente en normas de carácter extrapenal, en esencia, categorías ligadas al derecho mercantil.

²⁴ En el Código Penal español, al interior del Título XIII Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, Capítulo XI De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, se encuentra la Sección 4ª intitulada Delitos de corrupción en los negocios (artículos 286 Bis a 286 quater).

²⁵ No obstante, no pueden descartarse figuras jurídicas como la del interviniente, para el agente que, sin cumplir los requisitos exigidos para ser autor, reúna los presupuestos del inciso final del artículo 30 del Código Penal, o la de actuar por otro (inciso tercero del artículo 29 *ibidem*).

En lo tocante al administrador, aun cuando la ley no brinda una definición al respecto²⁶, bien puede considerarse a todo aquel encargado de la gestión social, esto es, la persona que dirige la actividad societaria, administra los bienes y negocios ajenos –en este caso de la sociedad– y la representa ante terceros.

Lo será *de derecho* cuando la administración derive de un título jurídicamente válido conforme a la normatividad que rige la respectiva modalidad societaria, vale decir, designación o nombramiento en cumplimiento de los requisitos y formalidades legales o estatutarias, aceptación del cargo e inscripción en el registro mercantil y se actúe en ejercicio pleno y vigente de sus facultades y atribuciones.

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995²⁷ dispone que son administradores: (i) el representante legal; (ii) el liquidador; (iii) el factor; (iv) los miembros de juntas o consejos directivos; y, (v) quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones.

Será *de hecho*²⁸ 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

²⁶ Con todo, el artículo 196 del Código de Comercio, establece: *Funciones y limitaciones de los administradores. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. 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.*

²⁷ Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

²⁸ Frente a la figura del administrador de hecho, el Tribunal Supremo de España, en la ya citada sentencia STS 3533/2020, explicó: *La jurisprudencia de esta Sala (STS 94/2018, de 23-2) ha entendido (...) que es administrador de hecho el que, sin título suficiente, desempeñe, sin embargo, las funciones propias del administrador en la materia que resulte fácticamente de su competencia, adoptando decisiones que son respetadas y ejecutadas por los demás como si procediesen de un administrador nombrado con todas las formalidades previstas en la ley. En este mismo sentido se decía que “se entenderá por administrador de hecho”, a toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra (STS 816/2006, de 26-7). La condición del sujeto activo debe, por ello, vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa del bien jurídico protegido, la condición del sujeto activo lo define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico penalmente relevante del bien jurídico. La STS 59/2007, de 26-1, considera administrador de hecho “a quien sin ostentar formalmente la condición de ad-*

los que se predique alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito, expirado, etc.

Como antecedente legislativo, el artículo 29 del Código Penal, contempla la figura así: “...También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo”.

Y el parágrafo del precepto 27 de la Ley 1258 de 2008²⁹, en lo correspondiente a las sociedades por acciones simplificadas, dispone: “Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”.

En lo concerniente a los socios o directivos no existe mayor discusión al considerárseles sujetos activos de la conducta punible bajo examen, dado que, debido a los derechos que ostentan, tienen la potencialidad de ejercer actos de representación o administración al interior de la sociedad y adoptar determinaciones comprendidas dentro del objeto social o necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Pero, en tratándose de los asesores o empleados, el asunto no resulta del todo claro, toda vez que, en principio, estos no ejercen labores de gestión social, ni de ellos se predicen los mismos deberes y prerrogativas de los órganos de administración o representación, salvo que se demuestre que son quienes, a la sombra, gobiernan y direccionan la sociedad; solo que, con el ánimo de encubrir al verdadero administrador, se mimetizan en la estructura societaria en cargos de menor nivel.

Esta quizás la razón por la que el legislador colombiano, a diferencia del español, incluyó a personas que no detentan poder de administración de los bienes y negocios de una empresa. No obstante, una tal hipótesis estaría cubierta por la figura del administrador de facto, que también contempla la norma.

Será el análisis, en cada caso concreto, el que determine la forma de atribuir responsabilidad a este tipo de actores.

En este apartado es importante advertir que el artículo 250B del Código Penal se refiere a quienes actúan en el ámbito de las sociedades mercantiles —elemento normativo—. Ello se infiere de la distinción que en el mismo texto del Estatuto Anticorrupción se hizo

ministrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa...” y la STS 816/2006, de 26-6, nos dice que “... se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de la sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales”.

²⁹ Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

para el punible de *corrupción privada* (precepto 250A *ibidem*), en el que se precisó que la conducta puede ser cometida por directivos, administradores, empleados o asesores de *sociedades, asociaciones o fundaciones*.

Además, que se trata de sociedades: (i) constituidas, entiéndase, las que han cumplido todos y cada uno de los requisitos de ley, procedimientos definidos y reglados que repercuten en el nacimiento de la personalidad jurídica. Suponen la existencia del contrato de sociedad; o (ii) aquellas que se encuentren en formación.

Dentro de estas últimas habría de considerar: a) las que, en estricto sentido, se hallan en formación, en otras palabras, las que existen durante el tiempo transcurrido entre el acto constitutivo de la sociedad y el de la inscripción en el registro mercantil; y, b). las irregulares, constituidas por escritura pública, pero que actúan sin permiso de funcionamiento, requiriéndolo (artículo 500 del Código de Comercio)³⁰.

5.2.3.1.3 Sujeto pasivo

Si se entiende al sujeto pasivo del delito como el titular del interés jurídico protegido por el derecho, en el caso de la administración desleal, como atrás se expusiera al justificar el patrimonio como bien jurídico inmediato, aquél posee una esfera individual cuando se refiere a las personas jurídica (sociedad) o natural (socios) que directamente sufren un perjuicio evaluable económicamente.

Ha de precisarse que los sujetos pasivos se circunscriben a las personas vinculadas con el contrato social, razón por la que otros terceros interesados que hubieren sostenido vínculos en el marco del tráfico económico, aunque pudieren resultar afectados, sólo ostentaran el carácter de víctimas de la conducta delictiva o de otra tipología penal, si así se acredita.

Agréguese que, si se admite al orden económico y social como bien jurídico mediato, también la comunidad o colectividad sería sujeto pasivo del delito, al ser la titular del interés en el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles y su estabilidad y conservación en el tráfico jurídico y económico.

5.2.3.1.4 Elementos constitutivos de la conducta

5.2.3.1.4.1 El injusto de administración desleal descrito en la oración gramatical del artículo 250B, es de conducta mixta alternativa, en la medida que se han previsto dos modalidades delictivas: (i) disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o (ii)

³⁰ Aunque el Código de Comercio en su artículo 498 también relaciona las sociedades de hecho, las mismas no se constituyen por escritura pública, por ende, no son persona jurídica y no estarían cubiertas por alguna de las categorías descritas en la norma prohibitiva.

contraer obligaciones a cargo de la sociedad. Cualquiera de ellas, por sí sola, configura el tipo penal.

5.2.3.1.4.1.1 Una de las acepciones que el Diccionario de la Lengua Española enlista para el verbo *disponer* es “*ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute*”³¹.

Lo anterior significa que, en el ámbito de las facultades gestoras concedidas por efecto de la relación existente entre administrador y sociedad, los actos de disposición implican la modificación o extinción de un derecho o de una relación jurídica con incidencia en el activo patrimonial.

Esto es, toda conducta ejecutada con infracción al deber de protección del haber social, con efectos jurídicos sobre el patrimonio, de tal entidad que ocasione un perjuicio (su disminución).

Esta concepción amplia de disposición admite la posibilidad, entre otros, de enajenar, gravar, utilizar y usar ilegítimamente o de forma no autorizada, los bienes que componen el patrimonio.

Ello equivale a decir que el sujeto agente, al exceder o abusar de las facultades de gestión del patrimonio ajeno, actúa como dueño de los bienes, con independencia de que los actos de dominio ostenten el carácter de permanente o definitivo, o simplemente temporal.

Por otra parte, la norma exige que la disposición de los bienes sea *fraudulenta*, vale decir, con notoria deslealtad a la hora de su administración, en contravía del principio de confianza; en términos generales, con fraude³²: a través de acciones contrarias a la verdad y a la rectitud, que perjudican a la sociedad y a los socios, contra quien se comete.

5.2.3.1.4.1.2 La segunda modalidad de conducta se refiere a la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad. Contraer, según el Diccionario de la Lengua Española es “*asumir una obligación o un compromiso*”³³.

³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es/disponer?m=form> [fecha de consulta: 18 de junio de 2021].

³² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es/fraude?m=form> [fecha de consulta: 18 de junio de 2021].

³³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es/contrar?m=form> [fecha de consulta: 18 de junio de 2021].

Lo relevante para la ley penal en este supuesto de administración desleal, radica en el hecho que el sujeto agente, de forma abusiva genera para la sociedad el deber de dar, hacer o no hacer algo.

Sin embargo, como el tipo exige un perjuicio económicamente evaluable, ese comportamiento debe traducirse en el aumento excesivo del pasivo social, con una correlativa disminución del patrimonio total, con la capacidad de comprometer la existencia de la sociedad o dificultar el desarrollo de su objeto social.

5.2.3.1.4.2 El artículo 250B también exige el *abuso de las funciones propias* del cargo.

Este elemento normativo del tipo constituye el específico desvalor de acción característico del punible. Solo puede ser autor de administración desleal quien abusa en el ejercicio de las funciones de su cargo e infringe los deberes esenciales de lealtad y fidelidad que le son exigibles y de los que deriva el deber de protección o custodia patrimonial.

En principio, el mismo implica examinar las facultades otorgadas a los órganos de administración y representación, de conformidad con lo dispuesto en los estatutos sociales y, por supuesto, la naturaleza de la estructura societaria, para así verificar si el sujeto agente se comportó acorde a los deberes que le incumben.

En caso de resultar insuficiente aquel convenio social, necesariamente habrá de acudir a la legislación mercantil que, con precisión, regula la materia.

Así, el inciso primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995³⁴, establece como deberes generales o principios de actuación de los administradores: “*obrar de buena fe,*

³⁴ Con el propósito de compilar las principales instrucciones generales que en materia legal emite, la Superintendencia de Sociedades ha expedido múltiples Circulares Básicas Jurídicas, en las cuales se incluye la aludida disposición y se explican cada uno de esos deberes. El más reciente acto administrativo de esa estirpe corresponde a la Circular Externa n.º 100000005 de noviembre 22 de 2017. Sólo se transcribe lo dicho en su Capítulo V frente a los deberes generales, así: 2. Principios y deberes que orientan la conducta de los administradores. El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 hace imperativo para los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. De acuerdo con lo anterior, los siguientes son los principios y deberes que deben orientar la conducta de los administradores:

A. Buena fe: *Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad.*

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”.

Y el inciso segundo, menciona los deberes específicos de la siguiente forma:

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. *Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
2. *Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
3. *Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
4. *Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
5. *Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
6. *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
7. *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

5.2.3.1.4.3 Se trata de un tipo de resultado material –de lesión– porque, exige para su configuración la causación o producción de un perjuicio patrimonial o económicamente

B. Lealtad: *Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, de manera que resulta claro que si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última.*

C. Diligencia de un buen hombre de negocios: *Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa. La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas [negrilla original del texto].*

evaluable, como consecuencia de cualquiera de las modalidades comportamentales descritas en la norma, que disminuyen el activo o aumentan el pasivo social.

Con independencia de la forma o métodos que puedan ser utilizados a efecto de acreditar el daño (en virtud del principio de libertad probatoria), de suma utilidad resultará demostrar la disminución del patrimonio total, lo cual podrá hacerse a través de una comparación entre el valor del patrimonio, antes y después de la comisión del delito.

Agréguese que a la *despatrimonialización* de la sociedad no se arriba sólo con la verificación de lo que compone el patrimonio. También puede concluirse la mengua, al cuantificar aquello que no ingresó al patrimonio, como consecuencia del comportamiento desleal del sujeto agente.

5.2.3.1.5 Objeto material

El objeto material lo constituyen los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio societario sobre los que se ejerce de manera abusiva las facultades de administración.

Se incluyen así, los bienes muebles, inmuebles, activos financieros, intangibles o inmateriales (por ejemplo, derechos de propiedad industrial o intelectual o el buen nombre o prestigio comercial), derechos de crédito, capital social, etc.

5.2.3.2 Tipo subjetivo

La realización de la ilicitud de administración desleal ha sido concebida a través de una norma de conducta eminentemente dolosa.

Además, aunque la expresión “*en beneficio propio o de un tercero*” pudiera dar a entender la remisión a un segundo resultado típico, en realidad, aquella dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la intención del sujeto activo de obtener el beneficio.

Se precisa, también, que el punible se consuma sin necesidad de que efectivamente se obtenga ese beneficio. En otras palabras, no supone que los bienes pertenecientes al patrimonio social ingresen al del autor o al del tercero, sino que es suficiente encaminar el comportamiento a su consecución.

Por otra parte, la modalidad dolosa establecida para la delincuencia de administración desleal descarta las actuaciones simplemente negligentes, culposas o con ligereza, la mala gestión social, la incompetencia en el ejercicio de la misma, los negocios de riesgo realizados dentro de las funciones propias del cargo, entre otros comportamientos afines, habida cuenta que la actividad mercantil, de suyo, comporta la toma de decisiones o prácticas riesgosas derivadas del mercado. De hecho, hoy día en todos los ámbitos, incluido el empresarial, se habla de sistemas de gestión del riesgo.

5.3 Del caso concreto

Con la finalidad de verificar el cometimiento de la conducta punible atribuida a MBAO y ECRF, en su condición de administradoras de la Clínica JF de C. S. A., imperioso resulta memorar el contexto en que la misma se desarrolló, el cual se deriva de los hechos jurídicamente relevantes expuestos por la fiscalía desde la imputación de cargos.

De ellos se extrae que, JEF de CD y ECRF contrajeron matrimonio el 20 de diciembre de 1986³⁵.

El 25 de agosto de 1997, en vigencia de esa sociedad conyugal, ECRF adquirió un lote de terreno localizado en la carrera 15 n.º 14-30/36 de la ciudad de V., identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623³⁶.

El 10 de noviembre de 2010³⁷, ese inmueble pasó a conformar el patrimonio de la Clínica –sociedad anónima comercial constituida el 10 de enero de 2008³⁸ por los aludidos cónyuges y sus hijos–, negociación que se hizo por la suma de \$240.000.000,00, pagadera en el término de tres años.

Sobre ese predio se construyó el edificio³⁹ que serviría al propósito principal de la sociedad que, desde su constitución, se compendió en la actividad principal código “8610 actividades de hospitales y clínicas, con internación”⁴⁰ y se explicó, así⁴¹:

El ejercicio de la medicina en el área de oncología, radioterapia, medicina nuclear; Ejercicio de la medicina en general, en los primero, segundo, tercero y cuarto nivel de atención, actividades de prevención y promoción, actividades de aseguramiento en salud, importación y exportación de medicamentos, elementos y equipos médicos y todo lo relacionado con el área de salud, actividades de auditor[í]a y asesoramiento, actividades diagnósticas tales como radiología, simulación, planificación, resonancia magnética nuclear, ecografía, tomografía y mamografía, la prestación de servicios de salud relacionado con la salud humana tales como: Consulta m[é]dica

³⁵ Acto registrado el 16 de enero de 1989 ante la entonces Notaría Única del Círculo de Valledupar. *Cfr.* Folio 52, C.O. n.º 1.

³⁶ *Cfr.* Escritura Pública n.º. 2892 de la Notaría Primera del Círculo de V. Folios 160 y 161, *ib.*

³⁷ *Cfr.* Escritura Pública n.º. 3223 de la Notaría Primera del Círculo de V. Folios 146 y 147, *ib.*

³⁸ *Cfr.* Escritura Pública n.º. 36 de la Notaría Primera del Círculo de V. Folios 53 a 69, *ib.*

³⁹ *Cfr.* Formulación de imputación. *Récord 2014-01136*, minutos 06:20 a 06:40. También, testimonio de JEF de CD en sesión de audiencia de juicio oral de 24 de julio de 2017.

⁴⁰ *Cfr.* Folio 152 (frente), *ib.*

⁴¹ *Cfr.* Folio 69 (reverso), *ib.*

general, Odontología general, Ginecología, Pediatría, Medicina interna, Ortopedia, Traumatología, Cirugía general, Psiquiatría, Terapia física, Terapia respiratoria, Psicología, Trabajo social, Enfermería, nutrición dietética, la Optometría, Fonoaudiología; la prestación de servicios de Laboratorio Clínico General, Especializado, Básico y Citológico; la Medicina Alternativa; la compra, venta y suministro de drogas; la realización de estudios, investigaciones, conferencias, seminarios, talleres, consultorías y demás actividades que tengan relación directa o indirecta con el ejercicio de la medicina en general; la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios profesionales con entidades públicas, privadas, nacionales e internacionales.

El 15 de marzo de 2013, ECRF instauró demanda de separación de bienes conyugales en contra de JEF de CD.

Por acta n.º 01 del 21 del mismo mes y año⁴², la junta directiva de la Clínica, conformada por los esposos y por su hija MMF de CR, ante proposición de ECRF, destituyó a JEF de CD como gerente y representante legal y seguidamente designó en ese cargo a MBAO.

Inscrito el nombramiento en el registro mercantil al día siguiente⁴³, el 5 de abril de 2013, MBAO, en su condición de gerente de la Clínica, a través de la figura de dación en pago y por escritura pública n.º 834, protocolizada en esa calenda ante la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de B.⁴⁴, “para saldar totalmente la obligación dineraria” contraída con ocasión de la compra del bien raíz identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623, transfirió a ECRF los derechos de propiedad y posesión sobre él.

En otras palabras, para cancelar la obligación, que la escritura pública reconoce y acepta en la suma de \$240.000.000,00, la Clínica dio en pago el mismo predio.

El 6 de septiembre de 2013⁴⁵, ECRF, única accionista y representante legal de la sociedad Clínica, a título de aportes en especie, transfirió a esa entidad el referido inmueble por un valor de \$260.938.000,00.

Del anterior núcleo fáctico se advierte que la sentencia de condena emitida por primera vez por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial V. merece confirmación, como pasa a explicarse.

Para empezar a dar respuesta a la fiscalía, dígase que, con independencia de que la sociedad Clínica JF de C. S. A. hubiere sido concebida en un principio como un proyecto

⁴² Cfr. Folios 154 a 158, *ib.*

⁴³ Cfr. Folio 151 (reverso), *ib.*

⁴⁴ Cfr. Folios 164 a 179, *ib.*

⁴⁵ Cfr. Escritura Pública n.º. 2583 de la Notaría Segunda del Círculo de Valledupar. Folios 132 a 137, *ib.*

familiar, ello resulta irrelevante para la actualización del tipo penal de administración desleal.

Desconoce el delegado del ente instructor que las sociedades familiares constituyen un altísimo porcentaje de las empresas a nivel mundial, circunstancia que las convierte en la columna vertebral de la economía y agentes activos de la realidad socioeconómica de un país.

Colombia no es la excepción y eventos paradigmáticos de importantes conglomerados de ese tipo están a la vista pública, sin mencionar los casos de grandes firmas comerciales internacionales que impactan el mercado mundial, que iniciaron como sociedades de familia, pero evolucionaron en otro tipo de gobiernos corporativos.

En aquellas organizaciones confluyen dos instituciones que, en la mayoría de las veces, son difíciles de conciliar, habida cuenta que sus valores pueden llegar a contraponerse: la familia y la empresa. Por ende, el reto no consiste en su constitución, sino en franquear las dificultades que las dinámicas familiares y empresariales conllevan.

La mala gestión, los conflictos interpersonales que se trasladan al ámbito de la sociedad, la falta de planeación para el relevo generacional, las luchas intestinas por el gobierno empresarial, la confusión de activos y flujos societarios con los familiares y el desconcierto en los roles familiares frente a los propios de las estructuras corporativas, son algunos mínimos escenarios problemáticos ligados a las sociedades mercantiles de carácter familiar.

Ello fue lo ocurrido al interior de la Clínica.

Al parecer, debido a diferencias irreconciliables entre los esposos, ECRF solicitó por la vía judicial la separación de bienes conyugales en contra de JEF de CD.

Este conflicto familiar de inmediato se trasladó al entorno empresarial, pues, nítidamente se observa como punto de quiebre de la existencia de la sociedad y de partida del recorrido criminal aquí juzgado, lo acaecido el 21 de marzo de 2013, fecha en la que JEF de CD es relegado de la gerencia y representación legal de la sociedad.

Ello supuso la intervención de MBAO quien, contados días después, ya posesionada e inscrita en el cargo de gerente, realizó el negocio jurídico de dación en pago que materializó la infracción punible.

El motivo principal para la remoción del gerente, conforme al acta de junta ordinaria de la junta directiva de la Clínica, consistió en una deficiente gestión, que incluía el incumplimiento a acreedores y obligaciones bancarias y contractuales con subcontratistas, proceder negligente que *“arriesgaba el patrimonio social y el patrimonio personal de los accionistas”*.

Por lo mismo, no se entiende, sino es en razón al accionar delictivo, que la persona designada para sacar adelante la sociedad y superar los problemas económicos que al parecer

se presentaban, fuera quien de un plumazo dejara en el solo papel a la Clínica, como mero registro histórico de su existencia como sociedad mercantil.

Con acierto lo adujo el Tribunal, el rol de administradora que por ley y estatuto social correspondía a MBAO, le imponía los mínimos deberes generales o principios de actuación establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, esto es, obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un “*buen hombre*” de negocios.

Ellos también eran predicables de ECRF, pues, dada su calidad de socia, pero, sobre todo, miembro de la junta directiva, ostentaba la administración de derecho de la sociedad, en virtud de lo previsto en el canon 22 *ibidem*.

En la primera censura, el recurrente acusa una presunta vulneración del principio de congruencia debido a que la fiscalía en la acusación no especificó cuál deber fue el omitido por las procesadas, circunstancia que, en su decir, dio lugar a que se les sorprendiera con cargos no conocidos.

Bien lo refirió el mandatario judicial de la víctima como no recurrente en la audiencia de sustentación, olvida así el casacionista que la delincuencia de administración desleal contiene un elemento normativo del tipo constituido por el obrar con abuso de las funciones propias del cargo, lo que, de suyo, da entrada a la legislación mercantil de sociedades. Ciertamente, el juicio de tipicidad objetiva exigía a la judicatura la observación de la normatividad societaria.

Aunque el pliego de cargos en el caso concreto no es el paradigma a seguir en punto de lo que la jurisprudencia de la Sala ha concebido como adecuado *juicio de acusación*, falta a la verdad el impugnante al considerar que sus defendidas se vieron sorprendidas con cargos desconocidos, toda vez que, del escrutinio de los hechos jurídicamente relevantes, expresados por la fiscalía por escrito y verbalmente, se desprende que aquellas fueron enteradas que el núcleo de la acusación se cifró en el acto de disposición fraudulenta del bien inmueble de la sociedad, a través de la dación en pago.

Desde la imputación, las procesadas conocieron que se les investigaba y posteriormente juzgaría por dicha operación mercantil, efectuada con violación de sus deberes como administradoras de la Clínica.

Es que, si a ellas se les confiaba el patrimonio social para que se gestionara, la extinción de este solo traduce un obrar desleal para con la sociedad.

El proceder de MBAO y ECRF no satisfizo las exigencias de la actividad societaria, con la finalidad de ejecutar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa.

La diligencia del “*buen hombre*” de negocios lleva implícito el deber de informarse suficientemente antes de tomar determinaciones que impliquen contravención al propósito social, razón por la cual, el administrador ha de asesorarse e indagar, así como discutir

decisiones trascendentales con los órganos de administración colegiada. Ello no sucedió en el asunto de la especie.

Si de especificidad se trata, bien puede decirse que en el accionar de las procesadas no se vislumbra esfuerzo alguno conducente al adecuado desarrollo del objeto social (numeral primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995). Por el contrario, propende por su anulación.

Una muestra indiscutible del obrar fraudulento y con abuso de las funciones del cargo se percibe en el hecho de que una de las funciones de la junta directiva de la Clínica consistía en “5. Autorizar al gerente para comprar, vender o gravar bienes inmuebles y para celebrar los contratos que celebre la empresa en desarrollo de su objeto social”⁴⁶.

Esa autorización no fue dada en el caso concreto, pues, ello representaba la votación del miembro JEF de CD. Con independencia que el voto de este fuere negativo, una citación a junta directiva con esa finalidad conllevaría darle preaviso de lo que pretendía hacerse y finalmente se ejecutó.

Diciente asoma el hecho que, para comprar el predio, la junta directiva se reunió con ese fin el 9 de noviembre de 2010 y así se autorizó a través de acta n.º 006⁴⁷ pero, para enajenarlo a través del negocio jurídico de dación en pago, no se haya actuado de la misma forma.

En otras palabras, se obró de manera subrepticia y en contravía de lo previsto en el numeral segundo del artículo 23 *ibidem*, al no velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias.

Así las cosas, no puede aducirse desconocimiento de la estructura sustancial del debido proceso o de las garantías debidas a las enjuiciadas, como el alegado en el primer cargo por el recurrente.

Y, aún de reconocer que el Tribunal acudió a la Ley 1116 de 2006⁴⁸ como fundamento de responsabilidad, particularidad que en verdad no se desprende de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, la intrascendencia de aquel yerro no demerita la condena atribuida, pues, en todo caso, ella se cimentó en el adecuado examen de los deberes que por ley está obligado a observar todo administrador societario, normatividad mercantil que simplemente da completitud al tipo penal, sin que de dicho análisis pueda predicarse modificación del marco fáctico por el juez colegiado.

⁴⁶ Cfr. Folio 168 (reverso), C.O. n.º 1.

⁴⁷ Cfr. Folio 145 (frente), *ib.*

⁴⁸ Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

El primer cargo, en consecuencia, no está llamado a prosperar, por cuanto se verifica que la fiscalía, en lo fundamental, efectuó una estructuración de hipótesis de hechos jurídicamente relevantes acordes con un pertinente *juicio de acusación*, que incluyó la alusión al agravante establecido en el artículo 267 del Código Penal, como más adelante se precisará.

Y la judicatura, al establecer la premisa fáctica de la sentencia, consideró: (i) la debida interpretación de los hechos que, en abstracto, fueron previstos por el legislador; (ii) la delimitación del componente factual del caso objeto de análisis; (iii) la determinación de que esos hechos, ocurridos bajo las relatadas circunstancias de tiempo, modo y lugar, encajaban en la respectiva descripción normativa; y (iv) la constatación del estándar de conocimiento que hacía procedente la decisión de condena, ante el convencimiento más allá de duda razonable (Cfr. CSJ SP5660-2018, 11 dic. 2018, rad. 52311).

Ahora, viene diciéndose que el accionar de MBO y ECRF, en la práctica, hirió de muerte a la sociedad Clínica JF de C. S.A.

Lo anterior se explica en el entendido que el predio y la edificación que sobre él se construyó, constituían activos fijos de la sociedad.

De acuerdo con el artículo 60 del Estatuto Tributario, “*son activos fijos o inmovilizados los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporeales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente*”⁴⁹ [subrayado fuera de texto].

La Corte Constitucional (Cfr. CC C-262-2013) frente al tópico ha ilustrado que:

Los “activos fijos” son definidos desde el punto de vista contable como “[l]as propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año”⁵⁰. [subrayado en esta oportunidad].

En ese contexto, acorde con la definición técnica de las ciencias económicas, se corrobora que los “*activos fijos o inmovilizados*”, entre otros, son aquellos bienes inmuebles

⁴⁹ Frente al punto, pueden examinarse las providencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, entre otras: 21 de mayo de 2020. Exp. 22207; 2 de agosto de 2017. Exp. 20952; 7 de marzo de 2018. Exp. 20707; y 23 de noviembre de 2017. Exp. 21184.

⁵⁰ Ver artículo 64 del decreto 2649 de 1993 “Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”.

que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios, toda vez que se adquieren para usarlos de forma duradera en el ejercicio de su actividad.

Entonces, si en el caso concreto existe claridad en que la Clínica funcionaba en el lote de terreno y el edificio en él levantado, ninguna duda emerge de su condición de activo fijo.

Conocido ampliamente su objeto social (atrás transcrito), el inmueble había sido adquirido y construido con el objetivo de explotarlo, colocarlo al servicio de la sociedad y estaba destinado a ser usado en forma permanente en el ejercicio de la actividad médica.

Por contera, lo que menos se esperaba de una administración acorde con los deberes que el cargo le imponía, era la enajenación (a título de dación en pago, en cualquier caso, acto de disposición) del mayor activo fijo que poseía el patrimonio que se le había dado en gestión.

Al ahondar en la modalidad de disposición, con vulneración de los deberes de fidelidad por parte de MBOA y ECRF, es preciso indicar que, en estricto rigor, para el momento en que se produce el acto de negociación, la Clínica no tenía el deber jurídico de cancelar la suma de \$240.000.000,00, toda vez que por la sociedad se otorgó un plazo de tres años para su pago, los que para abril de 2013 no se habían superado y sólo se cumplirían en noviembre de ese año.

El apremio que se patentiza entre el cambio de representante legal y la enajenación, sólo denotan el ánimo fraudulento que guiaba la conducta de las administradoras, alejadas en todo caso de una adecuada gestión social de la Clínica.

Así, el abuso de las funciones del cargo y la disposición fraudulenta del bien, como modalidad de conducta atribuida a las enjuiciadas, se tornan evidentes.

Este preámbulo permite dar respuesta al segundo cargo propuesto, en el que, básicamente, se reprocha el entendimiento ofrecido por el Tribunal respecto del artículo 250B del Código Penal, al considerar el casacionista que el bien jurídico tutelado está circunscrito al patrimonio económico de los socios y no a los ataques que pueda sufrir el haber social.

Ya en el numeral 5.2.3.1.1 de esta providencia se explicó que no es posible lesionar los patrimonios individualmente considerados al interior de una sociedad, sin menoscabar el patrimonio social.

Por ende, como en el punible de administración desleal se considera que el patrimonio protegido por el legislador comprende, tanto el concerniente al sujeto pasivo descrito en la infracción delictiva, como el de la sociedad, el fundamento de impugnación extraordinaria tampoco está llamado a prosperar.

Agréguese que, superando la incorrección del demandante al hacer alusión a elementos materiales probatorios para justificar el reproche ante esta sede, temática que escapa a la discusión de estricto orden jurídico que la causal primera de casación impone, en el libre escrutinio del conjunto probatorio, que en examen de doble conformidad judicial efectúa la Sala, tampoco le asiste razón al actor.

Contrario a lo afirmado en el libelo demandatorio y a lo expuesto por la representante del Ministerio Público en la audiencia de sustentación, no es cierto que el patrimonio social y el de los socios no resultó afectado con la conducta de administración desleal adjudicada a las procesadas.

Al afrontar el ejercicio valorativo que corresponde, ineludible resulta mencionar que los reproches endilgados en el tercer cargo no se configuran en el caso concreto.

En primera medida, a pesar de que la prueba documental de cargo fue incorporada al plenario a través de quien se ha reconocido en este trámite como víctima, es preciso advertir que ello no comporta vicio alguno de legalidad, como quiera que, la que en estricto sentido sirvió para derivar responsabilidad en contra de MBAO y ECRF, esto es, escrituras públicas, folios de matrícula inmobiliaria, registros mercantiles y los actos inscritos en él y la declaración de renta de la Clínica para el año gravable 2012, cuya gestión estuvo a cargo de JEF de CD, por su naturaleza goza de la presunción de autenticidad⁵¹.

En ese sentido, la línea jurisprudencial de la Sala indica que el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad. Por tanto, los que poseen esa condición pueden ser ingresados directamente por la parte interesada, criterio invariable desde CSJ SP7732-2017, 1 jun. 2017, rad. 46278.

Ahora, aunque le asiste razón al recurrente cuando, por ilegal, solicita la exclusión de la documental relacionada con las declaraciones de renta de la sociedad Clínica Buenos Aires S.A., constituida por ECRF, toda vez que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 583 del Estatuto Tributario, se trata de información reservada de la cual se requería intervención del juez con función de control de garantías, a efecto de legalizar la búsqueda selectiva en base de datos e impartir control a sus resultados⁵² –trámite constitucional no acreditado–, la expulsión de esos elementos materiales probatorios del conjunto recaudado en nada modifica la decisión adoptada.

Lo anterior, porque con ello la fiscalía pretendió demostrar el ingreso al haber patrimonial de ECRF del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623 y su valor.

⁵¹ Artículo 425 de la Ley 906 de 2004.

⁵² Artículo 244, *ib.*

Sin embargo, lo primero se corrobora con la sola escritura pública n.º 834, protocolizada el 5 de abril de 2013 ante la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá y su correspondiente inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.

Y, el segundo aspecto —el incremento patrimonial obtenido por la procesada—, como se explicó en el numeral 5.2.3.2 de esta providencia, no es un requisito necesario para la configuración del tipo penal.

Reitérese que la expresión “*en beneficio propio o de un tercero*” dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la sola intención del sujeto activo de obtener el beneficio, sin que se precise la efectiva obtención de éste.

Si la fiscalía logró probar que MBAO y ECRF, con abuso de las funciones del cargo de administradoras de la Clínica, actuaron en beneficio de la última, de nula utilidad resultan las declaraciones de renta de la sociedad constituida por ECRF, pues ello sólo acreditaría el monto del beneficio.

La intrascendencia del yerro denunciado conduce a la desestimación de la censura propuesta por falso juicio de legalidad.

En lo concerniente al “*falso juicio de convicción*”, básicamente se reprocha que el Tribunal Superior hubiera determinado el costo del inmueble dado en cesión por MBAO a ECRF —y de paso la afectación patrimonial—, a partir de un avalúo comercial de la Clínica, elaborado en el año 2011 por un arquitecto, para ser utilizado en un proceso civil.

Más que el desconocimiento del valor asignado por la ley a la prueba, toda vez que el legislador no tiene establecida tarifa alguna al respecto, lo cual es de la esencia del error de derecho, lo que en el caso concreto se configura es la inobservancia por parte del Tribunal del decreto de pruebas dispuesto en la audiencia preparatoria y lo resuelto por el juez unipersonal en la vista pública al momento de la incorporación del aludido avalúo.

Al hilo del registro de la sesión⁵³ de audiencia de juicio oral, por el juez de conocimiento se indicó⁵⁴:

La defensa ha planteado un debate con respecto a la exhibición del documento que pretende exhibirle la fiscalía al testigo [alude a JEF de CD] y que se refiere a un avalúo que se realizó sobre el predio identificado con la matrícula inmobiliaria 190 10623. En efecto y atendiendo el principio de preclusión, encontramos que la discusión se dio en la audiencia preparatoria, quedó zanjada en ese mismo momento y por ende se va a permitir la exhibición del documento. Ahora,

⁵³ De fecha 24 de julio de 2017.

⁵⁴ Cfr. Récord 2016–00802-04, minutos 37:40 a 39:21.

lo que sí vamos a permitir es que simplemente ese documento se exhiba para acreditar el hecho particular que ha referenciado el señor abogado, que se refiere básicamente que él solicitó un avalúo y producto de esa solicitud, se expidió un documento que él utilizó en un proceso civil. El contenido del documento, en sí, el despacho no lo va a tener en cuenta tal y como lo señaló el señor defensor, en cuanto a una prueba pericial. Simplemente, con ello voy a acreditar o se va a acreditar de que él solicitó un avalúo, se expidió un documento con referencia a esa solicitud y que hubo esa petición en concreto, que se utilizó en un proceso civil. ¿Entendido señor defensor? Entonces vamos a permitir solo la exhibición de ese documento con esa finalidad concreta. No con acreditar de que efectivamente si el bien costaba o no costaba lo que dice ahí, sino que él hizo una solicitud de un avalúo y se expidió un documento con respecto a eso, que dio cuenta de un valor concreto. ¿Entendido? Para que quede claridad y así se va a dejar por sentado cuando llegue el momento de hacer la valoración probatoria de que ese documento es simple, única y llanamente con esa finalidad que se ha resaltado con antelación.

A pesar de la claridad de las advertencias efectuadas, paradójicamente, como prueba documental, el juez de primera instancia incorporó al expediente el anunciado avalúo.

Sin embargo, a riesgo de vulnerar el debido proceso, no podían los jueces unipersonal y plural, menos lo hará la Sala, desconocer el decreto probatorio, ratificado en el juicio oral.

Por cuenta de una deficiente postulación de la fiscalía, el perjuicio económicamente evaluable a que se refiere el tipo penal no se deduce del monto asignado en el avalúo, pues, ese no fue el propósito de la prueba decretada.

Lo anterior no significa que, en virtud del principio de libertad probatoria, dicho aspecto no hubiere sido acreditado, pues, además del testimonio de JEF de CD, el paginario revela múltiples elementos de juicio que así lo indican. Evento que además justifica el agravante imputado por la fiscalía (numeral primero del artículo 267 del Código Penal) para la conducta de administración desleal.

Recuérdese que, en noviembre de 2010, el terreno fue vendido por ECRF a la Clínica por la suma de \$240.000.000,00. Casi tres años después, el bien raíz fue justipreciado por las procesadas en idéntico valor.

Esto es, ni siquiera se tuvo en cuenta el avalúo catastral que, como se sabe, en altísimo porcentaje, por deficiencias técnicas de las oficinas encargadas para esos efectos en los entes territoriales, se establecen sobre montos que no concuerdan con el avalúo comercial. La foliatura enseña que, para el 5 de abril de 2013, el avalúo catastral se cifraba en \$260.938.000,00.

Ese último valor coincide con aquel dado como aportes en especie⁵⁵ por ECRF a la Clínica, de la que era su única accionista.

Aunado a lo anterior, no puede desconocerse que ese avalúo –reitérese, apenas catastral– corresponde al de un lote. No obstante, sobre él, la sociedad aquí afectada construyó un edificio que serviría al desarrollo de su objeto social y actividad principal de prestación de servicios médicos.

La obra, por sí sola, incrementa su cuantía, máxime si ella está destinada a labores especializadas en medicina, pues, necesariamente requiere especificaciones técnicas disímiles a las de cualquier otro tipo de construcción tradicional.

Pero no solo eso. En la práctica, por efecto de la disposición fraudulenta, la edificación, incluidos sus activos fijos y movibles, pasaron a manos de la procesada.

Ello se verifica, por ejemplo, cuando el 10 de diciembre de 2013, la Clínica Buenos Aires S.A.S. dio en prenda sin tenencia al Banco de Occidente S.A., múltiples elementos e instrumentos médicos⁵⁶, antes relacionados por la Clínica frente a contrato de la misma estirpe⁵⁷, equipos que debían permanecer ubicados en la carrera 15 n.º 14-36 de la ciudad de Valledupar, vale decir, el domicilio social de la Clínica perjudicada, que pasó a ser el de la sociedad por acciones simplificadas de la procesada ECRF.

Para lo que al asunto interesa, al hablar del perjuicio económicamente evaluable, la sola pignoración de esos activos se hizo por \$1.112.198.000,00.

Pero, resulta más dicente la afectación patrimonial de la sociedad y de los socios, el hecho que para el año gravable 2012, la Clínica hubiere reportado ante la DIAN en su declaración de renta y complementarios⁵⁸, la suma de \$12.091.159.000,00 por concepto de *activos fijos*.

Se confirma entonces lo endilgado por la fiscalía desde la audiencia de formulación de imputación⁵⁹, en el sentido que la dación en pago se efectuó por un irrisorio valor frente al avalúo del inmueble⁶⁰, el que incluyó el lote de terreno, la edificación y los equipos médicos que pertenecían a la Clínica afectada.

⁵⁵ Cfr. Escritura Pública n.º. 2583 de 6 de septiembre de 2013 protocolizada ante la Notaría Segunda del Círculo de Valledupar. Folios 132 a 137, C.O. n.º 1.

⁵⁶ Cfr. Folio 130 (frente), *ib.*

⁵⁷ Cfr. Folio 150 (reverso), *ib.*

⁵⁸ Cfr. Folio 148, *ib.*

⁵⁹ Cfr. Récord 2014-01136, minutos 06:20 a 06:40.

⁶⁰ En esa audiencia se refirió un avalúo elaborado por perito de la lonja de propiedad raíz del departamento del Cesar por valor de \$25.000.000.000,00.

Resáltese, entonces, la intrascendencia del yerro esgrimido por el libelista en el tercer cargo, si en cuenta se tiene que el expediente –al margen del avalúo comercial cuestionado– informa con suficiencia el perjuicio económicamente evaluable –susceptible de evaluar– que exige la norma. Su cuantificación será un aspecto por dilucidar en el eventual incidente de reparación integral de perjuicios⁶¹. Por tanto, la censura no prospera.

Además de lo ya explicado, que da respuesta a los argumentos del recurrente en casación y garantiza el derecho a la doble conformidad judicial, a partir de un análisis sin el rigor anejo al medio de controversia extraordinario, a continuación se refieren otros aspectos que dan cierre conceptual a la revisión integral del asunto.

Resulta ininteligible la propuesta del delegado de la fiscalía en la audiencia de sustentación, al desestimar la ocurrencia del punible de administración desleal bajo el argumento que la venta que ECRF hiciera a la Clínica fue simulada.

A partir de esa premisa, en esencia, atribuye lo sucedido a JEF de CD e incluso lo hace partícipe de la maniobra fraudulenta.

Explíquese que los negocios simulados se refieren a negocios jurídicos que en realidad no se han celebrado (cuando, por ejemplo, se dice vender, sin que el vendedor y el comprador tengan intenciones de efectivizar el contrato), o el verdadero acto permanece oculto (verbigracia, cuando se encubre una donación bajo la apariencia de una venta, con la finalidad de sufragar menores derechos fiscales o tributarios).

En la simulación, el contrato de compraventa o la escritura pública que llegue a protocolizarse cumplen con todos los requisitos y formalidades de ley, por tanto, ante el derecho civil se les considera válidos, con independencia de que ellas, eventualmente, puedan configurar tipologías penales: a manera de ejemplo, alzamiento de bienes, obtención de documento público falso, etc.

Las acciones legales que contra esos actos de simulación se inician, derivadas de nulidades absolutas o relativas, generalmente son incoadas por las personas a quienes perjudica y encuentran regulación legal en el artículo 1766 del Código Civil.

Al parecer, el delegado del ente instructor increpa la conducta de JEF de CD en aquella venta del inmueble en el año 2010, de ECRF a la Clínica.

De llegar a aceptarse que ese negocio fue simulado, la decisión no sería la absolución propuesta.

Primero, porque lo que se juzga en este trámite judicial no son los hechos acaecidos en el 2010, sino los eventos de 2013, en los que ciertamente JEF de CD no interviene, más

⁶¹ Artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

allá de la referencia de haber sido destituido como gerente de la Clínica, escenario que las procesadas propiciaron a fin de ejecutar la conducta desleal para con la sociedad.

Segundo, porque igual encajaría en la infracción delictiva de administración desleal, *reconocer y aceptar* que la Clínica es deudora de ECRF en la suma de \$240.000.000,00, como se lee en la escritura pública n.º 834 de dación en pago, por la sencilla razón que nada se debía.

Saldar una obligación dineraria inexistente, a través de la disposición del mayor activo fijo que tenía la sociedad, irrumpiría fraudulenta y merecedora de sanción penal.

La postulación del no recurrente se torna contradictoria y no responde al cuestionamiento: ¿si el negocio inicial fue simulado, vale decir, no se adeudaba suma alguna, por qué se pagó lo allí pactado?

Este aspecto, contrario al parecer de la fiscalía, tiene la virtualidad de apuntalar que la venta pudo haber tenido asiento en la realidad.

Inclusive, es la propia defensa quien, en el traslado como no recurrente frente a los recursos de apelación incoados por la fiscalía y la representación de víctimas contra la sentencia absolutoria de primer grado, manifestó: *“en honor a la verdad, que la señora ECRF, aportó en la modalidad de compraventa a la sociedad CLÍNICA... el lote de terreno con matrícula inmobiliaria N.º 190-10623 que era de su propiedad y que este negocio jurídico no se materializó porque nunca se dio el pago de su precio”*⁶². No pagar el precio acordado (reitérese, a pesar de que no se había superado el plazo otorgado), es diferente a simulación.

En cualquier caso, la dación en pago no admite otro calificativo que la fraudulenta disposición de los bienes de la sociedad.

En tercer lugar, una cosa es que la venta del terreno haya sido aparente y otra muy distinta, lo que a partir de ella se consolidó en la realidad.

Pretender *“revertir”* una venta simulada a través de una dación en pago, con la sola referencia a una nomenclatura urbana o a un folio de matrícula inmobiliaria, es desconocer que para el año 2013 no se trataba del mismo predio involucrado en el negocio jurídico de 2010.

La construcción del edificio y la instalación en él de equipos médicos representaban una superlativa diferencia frente al valor del simple lote, así no se hubiere minusvalorado, como se fugista por la fiscalía, es decir, así se tomare su valor comercial.

En la práctica, resultaba imposible para la Clínica *deshacer* la simulación a través de la devolución del bien raíz entregado en el año 2010, por la sencilla razón que el mismo había sido transformado.

⁶² Cfr. Folio 243, *ib.*

Y cuarto, porque la postura del ente instructor, en últimas, pasmosamente procura legitimar la conducta de quien, al parecer, previamente ha obrado de manera fraudulenta, con otro acto de la misma naturaleza.

Es que, si la venta fue simulada, lo esperado de la persona que se considera perjudicada, es el ejercicio de las acciones previstas por el legislador en el ámbito civil, con la finalidad de hacer valer los derechos patrimoniales presuntamente afectados. Pero nunca incursionar en una suerte de ejercicio arbitrario de las propias razones, pues, por esa vía, ineluctablemente transita en linderos del derecho penal, esta vez, al actualizar la infracción prevista en el artículo 250B del Estatuto Punitivo.

A pesar que el delegado de la fiscalía considere que la jurisdicción penal no debe intervenir en los conflictos de familia, necesariamente a ella habrá de acudir cuando, como en el asunto de la especie, las barreras de contención que proporciona el derecho punitivo se franquean.

Por último, ha de decirse que la estrategia defensiva en las instancias se fincó en hacer ver que la situación económica y financiera de la Clínica no era la mejor para la época y que la *maniobra* realizada por sus administradoras procuró sacar adelante el patrimonio que se veía amenazado por múltiples obligaciones insolutas.

Es así como se encargó la defensa de hacer notar la inviabilidad económica de la sociedad, la subrogación de créditos por la Clínica Buenos Aires S.A.S. en cabeza de ECRF, su cancelación y otras operaciones, entre ellas dos hipotecas sobre el inmueble, destinadas a obtener los recursos necesarios para el normal funcionamiento en el mercado de servicios médicos.

Para la Corte, extraña que esas labores de salvamento financiero no se hicieran en la Clínica, bien a través de la gerente designada o, por qué no, asumiendo ECRF las riendas de ella a través de su representación legal.

Entonces, lejos de beneficiar a sus defendidas, una tal postura defensiva lo que hace es corroborar que MBAO y ECRF, actuaron de forma mancomunada en contra de los especiales deberes de buena fe, lealtad y protección del patrimonio social, exigidos en su rol de administradoras, pues, las mínimas acciones descritas y probadas en juicio a través de la prueba de descargo, bien pudieron adoptarse al interior de la Clínica.

En suma, las anteriores razones conducen a la Sala a no casar la sentencia confutada, en consecuencia, se confirmará la condena proferida por el Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: No casar la sentencia de segunda instancia, con fundamento en los cargos formulados en la demanda incoada por la defensa.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia emitida el 22 de mayo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar que, por primera vez, condenó a MBAO y ECRF como coautoras del punible de administración desleal agravada.

TERCERO: Informar a partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen [...].

Comentario

Los hechos y la actuación procesal.

En atención a la narración que hace el proveído, al cual se le hacen algunas supresiones y adaptaciones, el supuesto fáctico se puede resumir de la siguiente manera: El 10 de enero de 2008, los esposos JEF de C y ECRF, además de sus hijos MM, JE y JSF de C, constituyeron la sociedad anónima denominada C. de C. Doctor JF de C. S. A. [en adelante, la Clínica], la cual se dedicaría a la prestación de diversos servicios médicos y actividades de aseguramiento en salud en la ciudad de V. El 10 de noviembre de 2010, ECRF vendió a la Clínica un lote de terreno localizado en aquella municipalidad, pactándose que su precio (\$240.000.000,00,) sería pagado en el término de tres años; el 15 de marzo de 2013, ECRF instauró demanda de separación de bienes conyugales en contra de JEF DE C. El 21 de marzo de 2013, la junta directiva de la Clínica, conformada por la entonces pareja y por su hija MMF DE CR, destituyó a JEF DE C como gerente y representante legal y seguidamente designó en ese cargo a MBAO.

El 5 de abril de 2013 MBAO en su condición de gerente de la Clínica, a través de la figura de dación en pago y por escritura pública, “para saldar totalmente la obligación dineraria”, transfirió a ECRF los derechos de propiedad y posesión sobre el predio ante “la imposibilidad del pago de precio de venta pactado sobre el inmueble”. La dación en pago se efectuó por

idéntico monto de venta, irrisorio frente al avalúo comercial del inmueble, el cual incluyó el lote de terreno, la edificación que sobre él se construyó y que servía al desarrollo del objeto social y actividad principal de prestación de servicios médicos por parte de la Clínica y los elementos, equipos e instrumentos hospitalarios que pertenecían a la sociedad, lo cual condujo a que se afectara directamente su funcionamiento y existencia misma. El 6 de septiembre de 2013, ECRF, única accionista y representante legal de la Clínica, a título de aportes en especie, transfirió a esa entidad el referido bien raíz, constituyéndose en el domicilio de la aludida sociedad por acciones simplificadas, antes, el domicilio social de la Clínica perjudicada.

Sobre el decurso de la actuación se puede decir lo siguiente: En audiencia preliminar celebrada el 29 de enero de 2015, bajo la dirección del Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de V., la fiscalía formuló imputación en contra de ECRF como autora del punible de alzamiento de bienes (artículo 253 del Código Penal); la imputada no aceptó cargos. No hubo solicitud de imposición de alguna medida de aseguramiento. Radicado el escrito de acusación en relación con el anunciado injusto, al que, sin variar el núcleo fáctico se añadió el de administración desleal agravada (artículos 250B y 267 numeral 1.º *ibidem*), el diligenciamiento correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de V., despacho ante el cual tuvo lugar su verbalización el 17 de septiembre de 2015.

En razón a posterior manifestación de impedimento de aquella célula judicial, la actuación continuó en el Juzgado Quinto homólogo y el 13 de octubre de 2016, fecha prevista para agotar la audiencia preparatoria, las diligencias fueron remitidas al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de V. para que se decidiera la conexidad procesal solicitada por la defensa, frente a otro radicado que allí se adelantaba y del que da cuenta el siguiente recuento procesal.

El 17 de marzo de 2016, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de V., la fiscalía imputó a MBAO el delito

de administración desleal agravada. La imputada no aceptó cargos. No hubo solicitud de imposición de medida de aseguramiento. Radicado el escrito de acusación por ese hecho punible, la actuación la asumió el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de V., despacho ante el cual se verbalizó el 2 de septiembre de 2016. El 26 de octubre de 2016, aquel despacho decretó la conexidad y asumió el conocimiento del radicado que se tramitaba en contra de ECRF ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Conocimiento de esa ciudad.

La audiencia preparatoria se agotó el 16 de febrero de 2017 y el juicio oral en sesiones de 24 de julio, 12 y 13 de septiembre y 13 de octubre del mismo año, y 23 de febrero de 2018, última fecha en la que el despacho de conocimiento anunció sentido de fallo absolutorio y de inmediato emitió la sentencia de rigor. Apelada esa decisión por la fiscalía y por la representación de víctimas, la Sala Penal del Tribunal Superior de V., en sentencia del 22 de mayo de 2018 la revocó parcialmente, en el siguiente sentido: *(i)* confirmó la absolución en lo que corresponde al delito de alzamiento de bienes; *(ii)* condenó a MBO y a ECRF, como coautoras del punible de administración desleal agravada; *(iii)* impuso a cada una las penas de sesenta y cuatro meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la corporal y multa de 13,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes; *(iv)* concedió a ambas el subrogado de la prisión domiciliaria; y, *(v)* como medida de restablecimiento del derecho, dejó sin efectos la dación en pago contenida en la escritura pública. Además, ordenó la cancelación del acto de inscripción ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de V. Quien representa los intereses de las procesadas recurrió en casación y allegó la correspondiente demanda, que la Corte admitió por auto del 22 de febrero de 2019. El 12 de marzo de 2019 se verificó la sustentación respectiva. Finalmente, la Corte no casa la sentencia recurrida.

La importancia de la sentencia.

La novedad de la decisión, al ser el primer pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema que se ocupa del delito de administración desleal propiamente dicho y, *grosso modo*, de los elementos esenciales de la descripción típica, es indudable. Ese es un hecho que se debe resaltar así sea cierto que la figura nacional ya no se acomode a las previsiones de la legislación española de donde fue tomada en su versión de 1995, como bien lo recuerda la sentencia; se dice esto porque la actual normativa hispana (art. 252 del Título XIII del Código español destinado a los delitos contra el patrimonio económico), se asemeja ahora al tenor literal de los de los § 266 del CP alemán (Perron, 2020, pp. 2727 y ss.) y § 153 del Código Penal austríaco, dado su carácter genérico referido a todo tipo de delito que atente contra ese bien jurídico.

Desde luego, los comportamientos acriminados en el artículo 250B colman el vacío legal existente y de difícil encuadramiento en los delitos de abuso de confianza o estafa y se dirigen a combatir algunas conductas de cotidiana ocurrencia en el ámbito de las sociedades en el actual mundo de los negocios y en el seno de las sociedades globalizadas (Velásquez, 2018, p. 811). No obstante, es preciso resaltar que pese a la importancia de la figura para el ámbito societario su constatación empírica resulta de difícil conocimiento, dado que herramientas como las estadísticas de denuncias por delito de la Fiscalía General de la Nación ni siquiera contemplan como criterio de búsqueda el delito de administración desleal presente en el ordenamiento jurídico desde el año 2011. No obstante, gracias a la herramienta del derecho de petición (Fiscalía, 2022) hemos podido detectar que –con fecha 16 de junio de este año– la Fiscalía General de la Nación da cuenta de la existencia de 2.616 actuaciones penales iniciadas mediante denuncia y 25 de oficio, por el delito de administración desleal, aunque solo a 39 indiciados (pese a haber transcurrido diez años) se les ha formulado resolución de acusación y existen 50 causas en la etapa del juicio y 8 en ejecución de penas.

Ahora bien, si bien es cierto que la doctrina nacional se ocupa en mayor o menor medida del desarrollo del tipo penal en comento (Sintura, & Bernate, 2013; Suárez, 2013; Caldas, 2019), debe decirse que resulta de gran relevancia el pronunciamiento en la materia del cual nos ocupamos con miras a precisar muy bien cuáles son los elementos constitutivos de los tipos penales en relación con los cuales se van a emitir los respectivos juicios de tipicidad para evitar, así, deducir posibles casos de concurso ideal de tipos cuando tal figura solo es aparente; a tales efectos se debe acudir a los diversos principios que rigen este tipo de fenómenos (especialidad, subsidiariedad, consunción, etc.) (Velásquez, 2022, pp. 645 y ss.). También, no debe olvidarse, en estos casos pueden ser muy frecuentes los eventos de delito continuado en sus diversas modalidades; además, se debe ser muy cuidadoso a la hora de predicar la configuración de concursos de tipo material porque, en todo caso, es indispensable que las conductas acriminadas encajen en cada una de las descripciones típicas elegidas llenando todas y cada una de sus exigencias.

Precisiones dogmáticas.

El bien jurídico protegido

Muy polémica ha sido la determinación del bien o bienes jurídicos que aquí son objeto de tutela; al respecto, se ventilan por lo menos cuatro posturas diferentes (Así, Roca, 2011, p. 743; Velásquez, 2020, pp. 293 y ss.). En primer lugar, se afirma que se tutelan las relaciones de fidelidad y de lealtad del administrador para con la sociedad y los socios; así mismo, en segundo lugar, se asevera que lo protegido es el funcionamiento correcto de todo el sistema societario que mediante esta acriminación alcanza cobijo. También, en tercer lugar, se puede pensar que el bien jurídico tutelado es doble: de un lado el patrimonio económico (bien jurídico individual); y, del otro, el orden económico-social (bien jurídico colectivo). En cuarto lugar, al hacer algunas matizaciones, otros estiman que se protege en forma directa el patrimonio social y el de los socios y la fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades; además, de manera indirecta, la estabilidad del

tráfico económico (de esta opinión, Luzón & Roso, 2010, p. 6). Por supuesto, también se podría afirmar que se protege un conjunto de derechos dentro de los cuales se comprenden los de los socios y los detentados por la sociedad.

Cabe advertir que las posturas mencionadas deben su construcción a una ubicación sistemática distinta a la colombiana, lo cual incide en la conceptualización del bien jurídico, porque el delito de administración desleal en el ordenamiento español se encontraba ubicado en el Título XIII, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, Capítulo XIII, intitulado De los delitos societarios, a diferencia de la disposición nacional considerada como delito patrimonial y que para estos efectos debemos entender el patrimonio económico desde un concepto personal y funcional en virtud del cual atiende a las necesidades y a los fines económicos del sujeto pasivo (Velásquez, 2020, pp. 29 y ss.)

Ahora bien, de cara al derecho vigente 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 u supraindividual).

Señalado lo anterior, es necesario detenerse en lo planteado por la Corte al expresar que “un asunto no menor y que corrobora la pluriofensividad de la conducta, dice relación con su origen, pues, en el caso colombiano, la administración desleal nace en el marco de algunas “medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada”, establecidas al interior de lo que ha dado en llamarse Estatuto Anticorrupción” y el desarrollo que realiza de dicha premisa. Pues bien, a renglón seguido la Sala toma como referente la sentencia de la Corte Constitucional C-084 de 2013 para señalar que dentro de las conductas punibles que afectan a la administración pública se encuentra la administración desleal. Lo anterior debe ser objeto de análisis, ello en cuanto al realizar una lectura de la providencia en comento la Corte Constitucional agrupa sin distingo alguno todos los delitos incorporados o

modificados en el Código Penal por el estatuto anticorrupción, es decir, la relación efectuada se refiere tanto a delitos considerados dentro del fenómeno de la corrupción pública –que atenta en gran medida contra la administración pública– como la privada. En consecuencia, la Corte Constitucional comete un yerro al señalar que la corrupción privada y la administración desleal representan comportamientos que vulneran la administración pública.

Por otra parte, la Sala acude a lo señalado en Sentencia C-434 de 2013, en especial a los debates legislativos del Proyecto de Ley 142 de 2010, sancionado como la Ley 1474 de 2011, para resaltar que “se expresó la intención de consagrar como actos de corrupción, no solo las formas tradicionales de atentar contra la administración pública y el patrimonio público sino, todos los delitos relacionados con actividades que constituyen corrupción; en este sentido se manifestó que “[l]a corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público [podría entenderse: privado], en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno”. Sobre el particular, se deben realizar dos aclaraciones:

En primer lugar, se indica que la expresión “incluso el patrimonio público” podría entenderse como patrimonio privado, ello por cuanto se hace alusión al patrimonio del Estado y porque la transcripción señalada se ubica en el capítulo denominado medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada contenidas en el proyecto de ley, dentro de las cuales se menciona la introducción del delito de administración desleal en el ordenamiento jurídico penal. Si lo anterior es así es necesario advertir, en segundo lugar, que nuevamente se realiza una interpretación errónea de la sentencia traída a colación y que la Sala pareciera identificar un acto de corrupción con la afectación a la administración pública, sin tener en cuenta que las conductas de corrupción pública y privada afectan bienes jurídicos diferentes.

Además, en ambos pronunciamientos –recuérdese: Sentencias C-084 y C-434 de 2013– lo que se discute es si la norma demandada, esto es, la Ley 1474 de 2011, incorpora el concepto de actos de corrupción y a partir de allí se desarrollan los argumentos transcritos por la Sala de Casación Penal, de los cuales resulta forzoso concluir que pueden ser utilizados como fundamento para afirmar que “a voces del Alto Tribunal Constitucional y del propio legislador de 2011, también habría de admitirse como bien jurídico protegido a la administración pública, «en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos»”.

En este orden de ideas, pues, si bien el proveído hace hincapié en la administración desleal como un comportamiento comprendido dentro del fenómeno de corrupción, ello no basta para incardinar su realización como un supuesto que de modo mediato afecta a la administración pública, dado que la corrupción en el ámbito privado o entre particulares produce sus efectos en contextos dirigidos a la vulneración de bienes jurídicos como el patrimonio y el orden económico social. Así las cosas, para el punto de partida asumido en la sentencia lo determinante no es la ubicación sistemática ni el contenido del tipo penal, sino su origen en virtud de una legislación que contiene en su gran mayoría medidas para combatir la corrupción pública como fenómeno que, en materia penal, representa una afrenta para la administración pública.

Por último, no se puede pasar por alto la afirmación contenida en la sentencia cuando precisa que “(iv) la acción típica prohibida, protege otros bienes jurídicos, de carácter intermedio (mediato), como son el orden económico social y la administración pública, esta última, con ocasión de hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción”; desde luego, ello solo introduce confusiones frente a la interpretación del bien jurídico, porque permitiría entender que en aquellos casos en los que la administración desleal no constituya un acto de corrupción no se salvaguardaría la administración pública pero al ser, precisamente, considerada una expresión de corrupción privada en términos generales por hacer parte de los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del

cargo se presenta en relaciones entre particulares (Proyecto de Ley 142 de 2010) no se entiende en qué supuestos no sería considerada como tal.

En fin, se debe llamar la atención sobre esta forma tan peculiar de determinar los bienes jurídicos protegidos que solo escuda en aspectos meramente formales y olvida los contenidos materiales que son los únicos en cuya virtud se puede impedir la expansión del derecho penal; con razón, pues, dice la doctrina:

Hoy, más que nunca, frente a concepciones inflacionistas del derecho penal que formalizan el objeto de protección, se hace preciso acudir al criterio del bien jurídico material, aun reconociendo las dificultades que plantea su delimitación, y reafirmar el principio de intervención mínima (Alonso, 2021, p. 42).

El sujeto activo

Aunque en principio son válidas las consideraciones que hace la providencia sobre este componente típico, bien vale la pena hacer las siguientes precisiones. Para el caso el agente o autor solo puede ser “el administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor”; esto, diferencia el texto nacional del español antiguo (el de 1995) que solo tiene como sujetos agentes a las dos primeras categorías de personas. Por supuesto, de ello se infiere que se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado porque el comportamiento solo puede ser realizado por quien detente esas calidades típicas (es, pues, un delito especial propio); por ello, los sujetos activos que no reúnan las exigencias legales no pueden ser autores, aunque sí como intervinientes si se reúnen los presupuestos del artículo 30 inciso final del Código Penal, sin descartar eventos constitutivos de un actuar por otro (art. 29 inciso 3.º del Código Penal).

Ahora bien, por “administrador”, dice el léxico, se concibe a la “persona que administra bienes ajenos”, donde el verbo “administrar” equivale a “dirigir una institución” u “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes” (Diccionario, 2014, t. I, p. 46). La ley se refiere a dos clases de administradores, el *de hecho* y el *de derecho* (Luzón & Roso, 2010,

p. 9; Vives, 2008, p. 486; Rodríguez, 1996, pp. 459-460): el primero, es el que, de manera fáctica, incluso sin existir nombramiento expreso, detenta las riendas de esa sociedad. O sea, se trata de un concepto que engloba tanto a quienes hayan sido nombrados como tales, así subsista alguna irregularidad en ese proceso, como a todo aquel que por sí mismo o en unión de otros ejerce el control sobre la gestión de la sociedad, mediante la toma de decisiones y la imposición de estas; por ello, también quedan comprendidos quienes desde un punto de vista fáctico gobiernan a la sociedad (los llamados administradores ocultos).

En este punto cabe detenerse en la discusión tradicional sobre la subsidiariedad funcional o de dependencia del derecho penal en relación con las otras ramas del ordenamiento jurídico y si el contenido de sus preceptos viene dado por estas, por aquello que es injusto en otros ámbitos del mismo (Gómez, 2016, p. 15; Luzón, 2016, p. 17), ámbito en el cual la posición mayoritaria se decanta por considerar que el significado de los preceptos puede corresponderse o no según la valoración realizada por el intérprete.

Si bien se ha hecho mención de la estrecha relación de los conceptos empleados en materia comercial para dotar de contenido los elementos del tipo penal, es importante anotar que la referencia efectuada por la Sala de Casación Penal a la Ley 1258 de 2008, como antecedente legislativo que, en el párrafo de su artículo 27, introdujo la figura del administrador de hecho en las sociedades por acciones simplificadas, pero que no extiende sus efectos a las demás tipologías de sociedades, no opera en el mismo sentido para la interpretación del administrador de hecho en materia penal, es decir, el legislador penal parte de una concepción material sobre el concepto de administrador de hecho predicable de quien detente las riendas en cualquier clase de sociedad y no se circunscribe únicamente al escenario de las S.A.S., puesto que lo contrario podría conducir al error de considerar que no sería sujeto activo de la conducta el administrador de hecho en las demás clases de sociedades.

Por otra parte, el administrador de derecho –y aquí sí coinciden las visiones comercialista y jurídico-penal en torno al asunto–, es quien ejerce de forma permanente (sea que lo haga de manera individual o colegiada, por ejemplo, en un consejo de administración) la función de administrar la sociedad y reúne todas las exigencias legales en materia de nombramiento, inscripción, duración del cargo, etc.; en otras palabras: se hace referencia a los que guían dicho ente en virtud de un título válido desde el punto de vista jurídico y que, como tales, aparecen inscritos en el registro mercantil.

Desde luego, del todo desafortunada es la mención que la providencia hace del artículo 29 del Código Penal cuando pretende asimilarlo al administrador de hecho; en efecto, en ella se lee: “Como antecedente legislativo, el artículo 29 del Código Penal, contempla la figura así: «... También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo». Esa afirmación, por supuesto, desconoce los alcances del instituto del *actuar por otro* que es la figura prevista en el citado texto legal –que sigue muy de cerca el artículo 31 del Código Penal español de 1995 y el § 14 del Código Penal alemán y es desarrollada, así sea de forma parcial, en los artículos 318, inciso 2º, 324 y 402 inciso 3º, en éste último de forma más apropiada– en virtud de la cual se tiene como autor de la conducta típica (lo que se traduce en un igual tratamiento punitivo) a quien se encuentre en una de las siguientes dos situaciones: primera, tenga la calidad de integrante u órgano de representación –autorizado o de hecho– de una entidad colectiva con personería jurídica o sin ella, con la condición de que realice la conducta punible prevista en un tipo especial –que excluye otras figuras punibles–, así las calidades exigidas en la descripción típica no concurren en él, pero sí en el organismo colectivo cuya vocería desempeña; esto es, en cuyo nombre obra (actuar en lugar de una persona jurídica o de un ente colectivo). Y, segunda, a quien, en los mismos supuestos, lleva la vocería de una persona natural y realiza un tipo especial (actuar en lugar de otra persona física) (Bosch, Perron & Eisele, 2020, p. 233 y ss.; Gracia, 1985, pp. 2 y ss.; Gracia, 1986, pp. 2 y ss.; Meini, 1998, pp. 127-157; Velásquez, 2022, p. 587).

Por supuesto, también son administradores de derecho quienes reciben funciones para actuar como delegados, piénsese en los consejeros y en los miembros de comisiones, o los que son nombrados de manera específica para cumplir un determinado encargo (por ejemplo: los apoderados judiciales o los encargados de guiar la empresa cuando ella incurre en una causal de disolución o es intervenida por autoridades gubernamentales, etc.). Así mismo, por “socio” se designa a la “persona asociada con otra u otras para algún fin” o, en una segunda acepción, al “individuo de una sociedad, o agrupación de individuos” (Diccionario, 2014, t. II, p. 2029); incluso, unido ese vocablo al de “capitalista”, se entiende como la “persona que aporta capital a una empresa o compañía, poniéndolo a ganancias o pérdidas”. O, si se le suma el término “industrial”, se concibe como la “persona que no aporta capital a la compañía o empresa, sino servicios o pericia personales, para tener alguna participación en las ganancias”.

Aquí, se habla del “socio de cualquier sociedad constituida o en formación”; al respecto, de cara a precisar ese elemento normativo, es necesario precisar cuáles son las tipologías de sociedades señaladas en la ley comercial. En efecto, desde una perspectiva muy general, ellas pueden ser de tres clases: *de hecho*, *irregulares* o *de derecho*. Las primeras, funcionan de espaldas a las exigencias legales o, como señala el artículo 498 del C. de Co. al emplear el singular, “[...] cuando no se constituya por escritura pública” y “su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley”; es más, el artículo 499 señala: “[...] la sociedad de hecho no es persona jurídica. Por consiguiente, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho”.

La segunda modalidad está conformada por las sociedades que la ley llama “irregulares”: “[...] constituidas por escritura pública, y que requiriendo “permiso de funcionamiento” actúen sin él” (art. 500); esta especie bien podría quedar comprendida en la expresión “en formación” empleada por el supuesto de hecho de la norma. La tercera, o *de derecho*, supone la existencia de un contrato de sociedad que se presenta cuando “[...] dos o

más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados” (*cf.* art. 98 del C. de Co.). Todavía la ley comercial prevé como especies de sociedades las siguientes: colectiva (arts. 294 y ss.), en comandita: simple o por acciones (arts. 323 y ss.), de responsabilidad limitada (arts. 353 y ss.), anónima (artículos 373 y ss.), de economía mixta (artículos 461 y ss.), extranjeras (arts. 469 y ss.) y las por acciones simplificadas (SAS) (Ley 1258 de 2008), etc.

Desde luego, la inclusión de los socios como sujetos activos de la conducta punible en examen genera algunas dificultades porque este tipo de personas no suele ocupar ningún cargo en la entidad y, por ende, no se entiende –salvo que detenten otra investidura más, para el caso de las ya citadas (véase arts. 310 C. de Co. para las sociedades colectivas y 326 para las sociedades en comandita, etc.)– cómo ellos pueden ser sujetos activos de una administración desleal (Roca, 2011, p. 744; Luzón & Roso, 2010, pp. 9-10); en otras palabras, la mención del socio como sujeto activo de la conducta solo sirve para recordar que él puede desempeñarse como administrador pero, para los efectos prácticos, resulta por completo irrelevante. Es más, dígase que la propia normativa comercial dispone –según el tipo de sociedad– que la administración puede ser ejercida por los propios socios o por terceros ajenos a ellos en quienes se delegue esa potestad.

Ahora bien, con el adjetivo “directivo” se designa a aquella persona que “tiene facultad o virtud de dirigir”, aunque en una segunda acepción equivale a “mesa o junta de gobierno de una corporación, sociedad, etc.” (Diccionario, 2014, t. II, p. 806); aquí, esa voz está referida también a una de las sociedades que prevé la ley comercial, según ya dijo. Además, la locución “empleado” (Diccionario, 2014, t. II, p. 889) designa a la “persona que desempeña un destino o empleo” en uno de los entes señalados; en fin, la voz “asesor” (Diccionario, 2014, t. II, p. 226), distingue a quien asesora a uno cualquiera de los órganos de las sociedades o a esos entes jurídicos.

El sujeto pasivo

La Sala de Casación, pese a que cita una sentencia del Tribunal Supremo Español (Sent. STS 3533/2020 de 21 de octubre) al respecto, no hace un distingo que es importante y ya efectuado desde hace mucho en las elaboraciones nacionales (Velásquez, 2009, pp. 573-574; Velásquez, 2022, pp. 355-356); esto es, una cosa es el *sujeto pasivo del delito* y otra el *sujeto pasivo de la acción*. En efecto, dice ese Tribunal: “Ahora bien, si bien el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es el patrimonio de aquellas personas, puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado)”.

Ahora bien, es claro que en la figura coinciden el sujeto pasivo del delito con el de la acción, para el caso la sociedad y los socios: “[...] disponga fraudulentamente “de los bienes de la sociedad” o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable *a sus socios*”, según reza el mismo. No obstante, en el texto nacional –a diferencia del español antiguo, aquí mutilado– no se incluyen otros sujetos pasivos del delito que también pueden ser titulares del bien jurídico: piénsese en los depositantes –el tenor literal hispano hablaba de “depositarios”–, los cuenta partícipes en contratos de cuentas de participación y los titulares de los bienes, valores o capital que administren; es más, también se podría incluir a aquellas personas que, también desde una perspectiva externa a la sociedad, pueden ser sujetos pasivos: los asegurados y los tomadores o beneficiarios de seguros (Roca, 2011, p. 744).

Ahora bien, cuando el legislador delimita el objeto material del delito a los “bienes de la sociedad” –y son los bienes “de” ella no los de los terceros que son administrados por ella, como lo impone el principio de legalidad que no da cabida a interpretaciones extensivas–, parece claro que excluye a dichos sujetos pasivos. Cuando los sujetos pasivos sean esas personas se debe acudir a la figura de abuso de confianza (artículo 249 inciso 3.º: “Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero”)

y, de forma excepcional, a las descripciones típicas de la estafa (artículos 246 y 247).

Por último, se echa de menos la falta de alusión al sujeto pasivo del delito como titular de la administración pública, establecida como bien jurídico mediato protegido por la descripción típica asunto que no es desarrollado por el pronunciamiento, lo cual puede indicar la dificultad que existe para defender la tesis sostenida en el pronunciamiento en torno a la protección de ese bien jurídico, que este comentario crítico rechaza.

Las conductas

Aunque también en principio el análisis de las dos conductas previstas en la descripción típica sea atinado, no empece ser muy sucinto, lo cierto es que bien se han podido hacer precisiones adicionales sobre diversos temas como el atinente a la omisión; empiécese por lo más general. La conducta acriminada es doble, por lo cual el tipo es de conducta alternativa: el “disponer en forma fraudulenta de los bienes sociales”, o –y la conjunción disyuntiva denota “diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas” (Diccionario, t. II, 2014, p. 1557)– “contraer obligaciones a cargo de esta”. Se precisan, pues, dos conductas punibles –que, en un sentido amplio, son reconducibles a la primera– que logran darle una buena redacción legal al supuesto de hecho para evitar la vaguedad observable en fórmulas que, como la alemana (en su § 266-1) (Perron, 2020, p. 2727), la austríaca (el § 153) o la española actual (art. 252), son muy generales y taponan muchas conductas de infidelidad, pero ponen en grave tela de juicio el principio de taxatividad o de determinación y por ende el principio de legalidad. Un buen ejemplo es la fórmula del segundo Código:

Abuso de confianza. Toda persona que, a sabiendas, abuse de su poder para disponer del patrimonio de otro o para obligar a otro y, por tanto, dañe el patrimonio de este último, podrá ser condenada a una pena privativa de libertad no superior a seis meses o a una pena pecuniaria no superior a 360 unidades de pena diaria.

(2) Toda persona que infrinja injustificadamente las normas que sirven para proteger el patrimonio del beneficiario efectivo abusa de su autoridad.

(3) Toda persona que, al cometer el delito, cause daños superiores a 5.000 euros será condenada a una pena privativa de libertad no superior a tres años, y toda persona que cause daños superiores a 300.000 euros será condenada a una pena privativa de libertad de uno a diez años (Österreichisches Strafgesetzbuch, 2022).

Ahora bien, la primera de ellas comporta que el sujeto activo “disponga” de forma fraudulenta (porque la disposición es contraria al principio de confianza) de los haberes sociales (la ley, recuérdese, habla de “bienes”) con detrimento para la sociedad y/o de los socios, esto es, se sanciona la conducta de quien –advértase: con abuso de las funciones propias de su cargo– ejerce facultades de dominio, enajenando o gravando, esos haberes. En otros términos, se sanciona a quien coloca, habilita o ubica esos bienes con “fraude” (expresión que también podría derivarse de la de “con abuso de las funciones propias de su cargo” –que parece un elemento subjetivo del tipo (Muñoz, 2012, p. 495)–), esto es, mediante acciones contrarias a la verdad y a la rectitud, que perjudican a la persona jurídica contra quien se lleva a cabo ese comportamiento; o, como también dice el léxico, mediante un “acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros” (Diccionario, t. I, 2014, p. 1057), sin que necesariamente comporte engaño personal (Córdoba, 2004, p. 1120; Luzón & Roso, 2010, p. 13).

Por ello, la “disposición” supone llevar a cabo cualquier acto de incorporación de los bienes, incluida la adquisición de obligaciones a cargo de los mismos, sea que ello se haga de forma temporal o definitiva. Por tal razón, pues, el sujeto activo no lleva a cabo la apropiación de los bienes porque, de hacerlo, incurriría en un verdadero abuso de confianza al tenor de lo señalado en el artículo 249. A este último respecto, es pertinente detenerse en el debate propiciado por la doctrina hispana: en efecto, de un lado, se afirma que «Disponer fraudulentamente» de los bienes de la sociedad 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” (Roca, 2011, p. 745).

No obstante, del otro lado, se postula que quien se apropia de los bienes sociales o de los socios con notoria deslealtad a la hora de realizar la administración de los mismos, puede incurrir en una doble conducta típica: la de apropiación indebida –que en parte equivale al abuso de confianza nuestro– y una administración desleal: “En efecto, las actuaciones de apropiación o distracción de bienes sociales que, siendo de carácter dominical y teniendo una apariencia de legitimidad y regularidad, implican un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, son apropiaciones indebidas, pero también simultáneamente administraciones desleales societarias, pues implican *eo ipso* un acto de disposición fraudulenta de bienes. No hay acto de disposición de bienes más claro ni mayor deslealtad y fraude en la administración que la indebida y definitiva disposición dominical de apropiación de los bienes o distracción del dinero o efectos por el administrador social” (Luzón & Roso, 2010, p. 12).

Como ejemplos de este tipo de comportamientos, se señalan los siguientes (Roca, 2011, p. 746): la distribución de dividendos ficticios o que no pueden ser objeto de dicha actividad; el llamado “abuso de autocartera” por medio del cual se resta efectividad al capital social; la utilización de recursos sociales para atender a los gastos personales del administrador; la compra a la sociedad de mercancías o bienes por precio notoriamente inferior a su valor real. O, a la inversa: la venta a la sociedad de bienes por un precio sobrevalorado; la conducta de hacerse retribuir de manera excesiva por la realización de determinados informes, operaciones o indemnizaciones.

Así mismo, se deben mencionar otros (Córdoba, 2004, pp. 1118-1119; Luzón & Roso, 2010, pp. 11 y ss.; Rodríguez, 1996, pp. 427-428): la venta de inmuebles de la sociedad a precio de mercado, pero necesarios para su buen funcionamiento; la adquisición de inmuebles para la sociedad a precio de mercado, pero de nulo interés para el objeto social con miras a beneficiar

a terceros (ejemplos de “disposición definitiva”). También: los préstamos de dinero a amigos, administradores o a quien, con los mismos, pretende comprar la sociedad; el uso temporal de los bienes sociales para negocios privados del administrador (por ejemplo, camiones de carga); los casos de desvío de los encargos comerciales hacia empresas de titularidad del administrador; la pasividad en el reclamo del pago de deudas (dejar que se perjudique el derecho de crédito de la empresa para lesionar el patrimonio social); el no reclamo del pago de créditos favorables a la sociedad para beneficiar a un deudor. O, en fin, la desviación de fondos de la sociedad administrada al propio patrimonio o al de otra sociedad que es propiedad del sujeto activo (ejemplos de “disposición transitoria”).

A propósito de la *disposición* de los bienes y, dado el debate que se trae a colación de la doctrina extranjera, es importante resaltar que hubiese sido conveniente realizar un análisis más detenido por parte de la Sala sobre la concepción amplia que defiende, en virtud de la cual señala que “admite la posibilidad, entre otros, de **enajenar**, gravar, utilizar y **usar ilegítimamente o de forma no autorizada**, los bienes que componen el patrimonio. Ello equivale a decir que el sujeto agente, al exceder o abusar de las facultades de gestión del patrimonio ajeno, actúa como dueño de los bienes, con independencia de que los actos de dominio ostenten el carácter de **permanente o definitivo**, o simplemente temporal”. Ello, en la medida que comportamientos de los allí descritos no encuentran dificultad en ser considerados, a su vez, como supuestos de abuso de confianza, ya sea en la modalidad de apropiación o de uso indebido. Lo anterior no resulta de poca relevancia, pues produce efectos en materia de concurso de normas o delito, o de cara al principio de congruencia.

La segunda de las conductas acriminadas –que puede quedar englobada en la primera modalidad–, esto es la de *contraer obligaciones a cargo de la sociedad* también en perjuicio de los socios (Roca, 2011, p. 746), se presenta cuando el sujeto activo hace responsable a la sociedad de deberes u obligaciones que aumentan su pasivo “con abuso de las funciones propias de su cargo”. Esto último es importante señalarlo porque si la conducta no toca para nada

con las funciones deferidas al sujeto activo, puede llegar a incurrir en un verdadero abuso de confianza y no en una administración desleal.

Ahora bien, en torno a la posibilidad de que las dos conductas que contiene el supuesto de hecho, redactadas en forma alternativa, puedan ser cometidas en comisión por omisión, debe decirse lo siguiente: Sin duda, cuando se observa la descripción típica contenida en el artículo 250B –como ya se mostró en el estudio– los verbos rectores empleados son “*disponga*” y “*contraiga*”, esto es, dos construcciones idiomáticas que denotan una conducta alternativa de naturaleza comisiva; esto significa, entonces, que no se admite la estructura omisiva pura ni tampoco se trata de un tipo de comisión por omisión en cuanto sendas conductas no se pueden llevar a cabo por esa vía. Esta es la postura mayoritaria de la doctrina española, y es la que se comparte (Velásquez, 2020, pp. 294 y ss.).

Sin embargo, debe decirse, existe una corriente minoritaria para la cual es viable la comisión por omisión en estos casos, es decir se trata de eventos muy excepcionales que supongan disposición de bienes o contracción de obligaciones. En efecto, en relación con la primera conducta se señala:

[...] normalmente será difícil que estas cosas sucedan con una conducta omisiva, pero, excepcionalmente, podrán suceder, por darse la equivalencia con la conducta activa. Los ejemplos que ofrecen estos autores son el del administrador que realiza una omisión de denuncia, interrupción, entre otros permitiendo indebidamente a terceros adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva o usucapión o adquirir o consolidar, sin que el administrador, consciente de ello, haga nada, derechos reales, como servidumbres, o que el arrendatario obtenga la prórroga automática de un arrendamiento de bienes de la sociedad al no denunciarlo, pese a haber recibido instrucciones de terminar con el contrato (Díaz y García de Conlledo, 2014, p. 31; Luzón & Roso 2010, p. 17).

Se trata, pues, de un evento poco frecuente y supone que el sujeto activo realice una conducta de no denunciar para que un tercero logre la disposición sobre el bien. Y, en relación con la segunda conducta (la contracción de obligaciones) se señala:

[...] caben supuestos excepcionales en que la equivalencia puede afirmarse: así, por ejemplo, si el administrador puede pagar una deuda (un préstamo) y, al no hacerlo, incurre conscientemente en mora o niega el cumplimiento y debe pagarse una indemnización, que sería una obligación nueva. O en el caso de omisiones dolosas de control que perjudiquen a la sociedad, como cuando, por no adoptar medidas de seguridad en una actividad peligrosa de la empresa, se producen daños generadores de indemnización a las víctimas, sean empleados o terceros, o cuando una pésima gestión (dolosa) de riesgos laborales sea la causa de que se sancione a la sociedad con una multa administrativa (e incluso se podría pensar en supuestos relacionados con omitir contratar o prorrogar seguros) (Díaz y García de Conlledo, 2014, p. 31).

El resultado

A no dudarlo, como dice la providencia, este es un tipo de resultado material –además de lesión– porque se requiere que con una de las dos conductas o con ambas, se cause un “perjuicio de tipo económico a la sociedad” y/o a los socios: “fraudulentamente” y “causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios...”, dice la ley al plasmar una clara manifestación de un derecho penal que postula una intervención penal fragmentaria por lo menos en este punto (Quintero & Morales, 2011, p. 997). Ahora bien, se debe tener en cuenta que el perjuicio causado puede comportar tanto un daño emergente como un lucro cesante evaluable desde el punto de vista económico; además, tiene que ser directo: “causando directamente”, dice el texto al referirse ambas especies de conducta. Este último adverbio, nada fácil de concretar, supone que no quedan cobijados los perjuicios indirectos que puedan afectar el patrimonio societario, lo que habrá de ser objeto de precisión en cada caso concreto; además, sirve para denotar al sujeto pasivo del delito (Luzón & Roso, 2010, p. 24).

Por supuesto, acierta la sentencia cuando llama la atención en el sentido de que a “la *despatrimonialización* de la sociedad no se arriba solo con la verificación de lo que compone el patrimonio. También puede concluirse la mengua, al cuantificar aquello que no ingresó al patrimonio, como

consecuencia del comportamiento desleal del sujeto agente”; y ello es así en la práctica cuando se realizan las dos conductas acriminadas.

La imputación objetiva

Otro aspecto que debe mencionarse es la absoluta ausencia en la estructura típica que la Sala le atribuye al tipo contenido en el art. 250B de la teoría de la imputación objetiva; tampoco hay ninguna alusión a la causalidad. Como es obvio, dado que se trata de un tipo de resultado, es necesario que entre la conducta realizada y el resultado se presente una relación de causa a efecto (Luzón & Roso, 2010, p. 22); además, se deben verificar los distintos niveles normativos de la imputación objetiva al tenor de lo señalado en el artículo 9.º inciso 2.º del Código Penal, cuando señala que la causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado (aquí entendido este último concepto en sentido jurídico, que no material): creación del riesgo, concreción del riesgo en el resultado y el alcance del tipo, como las entiende la doctrina dominante (Roxin & Greco, 2020, p. 476 y ss.). Esas exigencias se desprenden, además de las inflexiones verbales utilizadas: “que *en beneficio* propio o de un tercero...*disponga* fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta *causando* directamente *un perjuicio* económicamente evaluable a sus socios”. Esto es muy importante, porque para que haya conducta típica se deben configurar todas y cada una de las exigencias.

Por ello, a título de ejemplo, 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 desvalor del resultado y de la acción, como en una disposición fraudulenta de bienes de escaso importe” (Luzón & Roso, 2010, p, 26). Lo mismo sucede, en

cualquiera de las dos conductas típicas, cuando las acciones realizadas por el agente sean adecuadas socialmente.

Además, tampoco habrá imputación objetiva cuando se tratare de los llamados “negocios de riesgo” realizados por el sujeto activo dentro de “las funciones propias de su cargo”; por supuesto, una situación diferente se presenta cuando ello acaece por fuera de las atribuciones correspondientes, a no ser que se presenten eventos de atipicidad por mediar el consentimiento del sujeto pasivo para la realización de las operaciones de que se trata. En fin, tampoco hay tipicidad con la sola causación del perjuicio derivada de una mala gestión porque ella, incluso la que se hace con ligereza, no es constitutiva de delito; en otras palabras, pues, *perjuicio no es sinónimo de delito* (Queralt, 2010, p. 594).

En fin, este tipo de consideraciones se echan de menos en la providencia que –no obstante haber dicho que se ocupaba de estudiar los componentes típicos de la figura– los dejó a un lado como si no fuesen de suyo importantes, sobre todo cuando se pretende hacer disquisiciones dogmáticas serias.

El objeto material

Son los “bienes de la sociedad”, sean muebles o inmuebles, fungibles o no, de carácter inaprensible o inmaterial (piénsese en los derechos de propiedad intelectual o industrial), etc. No obstante, hay hipótesis en las cuales ese objeto no se puede precisar con facilidad: piénsese en la utilización del personal de la empresa para beneficio personal (el administrador lleva a los operarios a laborar en su propio negocio), caso en el cual el “personal” no es un bien social a no ser que con ello se haga referencia a los costos de mantenimiento del personal (Córdoba, 2004, p. 1120). Bien, pues, hace la sentencia al señalar que dentro del objeto material se incluyen “los bienes muebles, inmuebles, activos financieros, intangibles o inmateriales (por ejemplo, derechos de propiedad industrial o intelectual o el buen nombre o prestigio comercial), derechos de crédito, capital social, etc.”.

El aspecto subjetivo

Otro asunto importante en el estudio de la figura típica es el atinente a este componente de la estructura típica, incluido el elemento subjetivo del tipo distinto al dolo que la sentencia admite pero sin mayor análisis cuando, de forma lacónica (tal vez recordando la sentencia del ya citado Tribunal Supremo Español) dice: “Además, aunque la expresión *“en beneficio propio o de un tercero”* pudiera dar a entender la remisión a un segundo resultado típico, en realidad, aquella dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la intención del sujeto activo de obtener el beneficio”. Al respecto, se debe precisar lo siguiente: Esta es una figura que admite las diversas modalidades de dolo: directo y eventual (Luzón & Roso, 2010, p. 24); además, requiere de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, que es compatible con el dolo eventual, como se infiere del empleo de la expresión *“en beneficio propio o de un tercero”*, todo lo cual torna a este supuesto de hecho en uno de resultado cortado por lo cual el delito se consuma sin necesidad de que se produzca un efectivo beneficio propio o de tercero y, por supuesto, basta con que el sujeto tienda con su actuación a obtener tal beneficio (Luzón & Roso, 2010, p. 25), idea que va de la mano de un contenido económico y que es el correlato del perjuicio exigido por la descripción típica.

En otras palabras: con la introducción de este componente se excluye la tipicidad de ciertos comportamientos en los cuales el administrador actúa únicamente con la voluntad de perjudicar a la sociedad. Al respecto, recuérdese que ya desde los inicios de la vigencia de la norma copiada del CP español la doctrina cuestionó dicha exigencia por entenderla “innecesaria y perturbadora, pues crea problemas de prueba” (Rodríguez, 1996, p. 469). No obstante, algún sector doctrinario (Roca, 2011, p. 748) –conste aquí que la redacción legal propicia esa construcción dogmática– entiende que la expresión *“en beneficio propio o ajeno”*, es un segundo resultado típico pues el autor debe favorecer sus propios intereses o los de terceras personas, por lo cual se requiere la utilidad para alguien; sin esa exigencia típica la figura no estaría consumada. Por supuesto, ante las dificultades suscitadas por el texto –que, se repite, posibilitan una u otra construcción académica,

con consecuencias bien distintas— lo que sí es inadmisibile, es aquella postura según la cual ese componente operaría al mismo tiempo como elemento subjetivo del tipo y como segundo resultado.

Conclusión

A no dudarlo, en los hechos que son objeto de examen por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte que, recuérdese, no casó la sentencia condenatoria emitida por la Sala de Decisión del Tribunal respectivo, existe una conducta causal, final y social que le interesa al derecho penal (juicio de conducta); es más ella encaja en todos y cada uno de los elementos de la figura de administración desleal —incluidos los que no tuvo en cuenta la providencia—, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, por lo cual el juicio de tipicidad emitido en relación con los mismos es afirmativo. Es más, la conducta típica realizada por las coautoras es antijurídica y culpable, al tenor de lo señalado en el artículo 9.º del CP.

Así mismo, la importancia de la sentencia abordada es evidente en la medida en que se trata de la primera que se expide en relación con este delito introducido desde el año 2011 en la legislación penal; no obstante, el ser la primera no significa que los planteos hechos por el alto tribunal sean concluyentes. Por eso, la futura línea jurisprudencial que a partir de aquí se construya tendrá como tarea ahondar en los diversos elementos del tipo penal, en especial en materia de comisión por omisión, bien jurídico, conducta e imputación objetiva (de la cual no se dijo absolutamente nada).

En fin, el debate sobre esta figura apenas comienza en el derecho nacional máxime que la doctrina ha hecho pocos aportes al asunto todo lo cual es preocupante por la pobreza académica de muchas de las reflexiones que se intentan.

Referencias

- Álvarez, F. J. (Dir.), Manjón-Cabeza, A. & Ventura, A. (Coords.) et al. (2011). *Derecho Penal Español, Parte Especial*, vols. I [2ª ed.] y II. Editorial Tirant lo Blanch.
- Alonso, M. (2021). Manifestaciones del mal y derecho penal (El mal del delito, el mal de la pena y la maldad del autor). R. De Vicente Martínez et al., *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista* [vols. I y II] (pp. 41-58). Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional & Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Bosch, N., Perron, W. & J. Eisele (2019). Handeln für einen anderen. En Schönke-Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar* (pp. 233-247) [30ª ed.]. C. H. Beck.
- Caldas, L. F. (2019). Corrupción privada y administración desleal. En *Lecciones de derecho penal. Parte especial. V. I* [3ª ed.] (pp. 689-714). Universidad Externado de Colombia.
- Díaz y García de Conlledo, M. (2014). Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión. En *NFP* 10(83), 15-38.
- Fiscalía General de la Nación (2022, junio 17). Respuesta a derecho de petición formulado por D. C. Agudelo Mancera, Rad. 2022-1400002361.
- Gómez, I. (2016). El derecho penal. En Demetrio, E. & Rodríguez, C. (Coords.). *Curso de derecho penal. Parte general* (1-22). Tirant lo Blanch.
- Gracia, L. (1985). *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal I, Teoría General*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Gracia, L. (1986). *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal II, Estudio específico del Art. 15 Bis del Código Penal Español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Luzón, D. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.
- Luzón, D. M. & Roso, R. (2010). La administración desleal societaria en el derecho penal español. *InDret* 3/2010, 1-38. http://www.indret.com/pdf/745_es.pdf
- Meini, I. F. (1999). Meini: El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano. *NFP* N.º 62, 127-157.
- Muñoz, F. (2012). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Österreichisches Strafgesetzbuch (2022). *Jusline. Recht. Schnell*. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb>
- Perron, W. (2019). Untreue. Schönke-Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar* (pp. 2727-2767) [30ª ed.]. C. H. Beck.
- Queralt, J. (2010). *Derecho penal español. Parte Especial*. Atelier.

- Quintero, G. & Morales, F., (2011). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi/Thomson Reuters.
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, 2 ts. [23ª ed.]. Editorial Planeta Colombiana.
- Roca, L. (2011). Delitos societarios. En F. J. Álvarez *et al.*: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, t. II, [2.ª ed.]. Tirant lo Blanch.
- Rodríguez, T. (1996). Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIX, fasc. II, mayo-agosto de 1996, 425-473.
- Roxin, C. & Greco, L. (2020). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I. [5ª ed.]. C. H. Beck.
- Sintura, F. & Bernate, F. (2013). El delito de administración desleal en la legislación penal colombiana. En Sintura, F. & Rodríguez, N. (Eds.). *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción* (pp. 483-503). Universidad del Rosario.
- Suárez, A. (2013). *Delitos contra el patrimonio económico*. Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General* [4.ª ed.]. Comlibros.
- Velásquez, F. (2018). Administración desleal y negocios. A propósito del artículo 250B del Código Penal colombiano. En *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. H.c. Juan M.ª Terradillos Basoco* (pp. 811-826). Tirant lo Blanch.
- Velásquez, F. (2020). *Delitos contra el patrimonio económico*. Tirant lo Blanch.
- Velásquez, F. (2022). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General* [5.ª ed.]. Tirant lo Blanch.
- Vives, T., Orts, E., Carbonell, J., González, J. & Martínez-Buján, C. (2008). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.