

La administración desleal en el derecho Colombiano¹.

Luis Felipe Camacho Martínez²- Universidad Santo Tomas.

Resumen.

El presente artículo de investigación realiza un estudio descriptivo, sistemático y sobre todo crítico del delito de administración desleal contemplado en el artículo 250 b del Código penal Colombiano, desde no solo una óptica del Derecho penal especial y los elementos del delito (Sujeto activo, Sujeto pasivo, Objeto jurídico, Objeto material, verbos rectores de la conducta) sino de su interrelación con los principios del derecho penal como la accesoriedad, dejando entrever algunas acotaciones que son de vital importancia para la interpretación del tipo penal so pena de poder llegar a afectar garantías fundamentales y adolecer de una técnica jurídica adecuada que genere inseguridad jurídica y contradicciones en el sistema jurídico colombiano.

Palabras clave: *Administración desleal, elementos normativos del tipo penal, accesoriedad del derecho penal, postulado de la unidad del ordenamiento jurídico, estudio interdisciplinar de los elementos normativos del delito, mandato de certeza.*

Abstract.

This article takes a descriptive research, systematic and specially critical study of the offense of unfair administration referred to in Article 250 b of the Colombian criminal code, since

¹ Artículo realizado en el marco del semillero de investigación “*Delitos de cuello blanco*”, del grupo de investigación “*Derecho penal y realidad*” de la Universidad Santo Tomas.

² Estudiante de la especialización en derecho penal de la Universidad Santo Tomas.

not only in a optical referred to the special criminal law and the elements of the offense (active subject, passive subject, legal Object, material Object, verbs governing the behavior) but its interface with the principles of criminal law as incidental, suggesting some dimensions which are of vital importance for the interpretation of the offense with the potencial risk of affected fundamental rights and missing legal technique that creates legal uncertainty and contradictions in the Colombian legal system.

Key words: Unfair administration, normative elements of the offense, criminal law as incidental, theory of the unity of the legal system, interdisciplinary study of the crime, Certain mandate.

Introducción.

El presente artículo parte de la base de indagar si el delito de administración desleal contemplado en el artículo 250 b del Código Penal respeta la técnica jurídica y principios dogmáticos del derecho penal. En caso de no hacerlo, nos preguntamos si es posible realizar una interpretación de este tipo penal conforme a los principios dogmáticos que brinde resultados satisfactorios y seguridad jurídica a los ciudadanos. Por tanto, la presente investigación se realiza en primera medida desde un estudio de las figuras semejantes al delito de administración desleal en otros países, para identificar si con alguna legislación existen semejanzas, para luego llevar a cabo un estudio sistemático del tipo penal en Colombia, analizando el delito no solo desde la óptica descriptiva del Derecho Penal especial sino desde una perspectiva crítica desde la dogmática penal.

De esta forma el objetivo general de esta investigación es realizar un estudio descriptivo y crítico del delito de administración desleal contemplado en el artículo 250 b del Código Penal. Para con ello establecer los elementos del delito, su significación y alcance. Realizar un estudio crítico de los elementos del tipo penal con base en los principios del derecho penal. Y por último proponer una forma de interpretación válida que sea conforme a las normas rectoras del Derecho penal que respete las garantías fundamentales del ciudadano.

Por tanto partimos de la hipótesis de que el delito de administración desleal al ser trasplantado del Código Español en gran parte, mantiene elementos normativos que no corresponden con el estado de la legislación societaria colombiana que es necesaria para complementar el tipo penal, también contiene acepciones que deben ser interpretadas conforme al contexto colombiano y las normas rectoras del derecho penal para no vulnerar garantías fundamentales creando contradicciones entre los ordenamientos jurídicos comercial y penal.

Metodología: La presente investigación se realizó desde la óptica del Derecho penal especial para acercarnos a los estudios que se han realizado de este delito en el derecho comparado, para luego hacer un análisis desde la estructura del derecho colombiano, tanto societario para identificar en correcta forma los elementos normativos del delito que se hallan inmersos en el tipo penal como desde los principios del derecho penal para proponer una correcta interpretación del mismo.

Resultados.

1. La administración desleal en el derecho comparado.

Como paso previo al estudio del delito de administración desleal contenido en el artículo 250 B del Código Penal colombiano, consideramos pertinente y apropiado hacer un pequeño estudio de algunas de las legislaciones internacionales que contemplan esta figura, esto con el propósito de denotar con cuales de ellas el ordenamiento jurídico colombiano y sobre todo este delito encuentra semejanza o si por el contrario es una figura novedosa la tipificación en nuestro país.

1.1 En Alemania.

En el Código Penal Alemán en su parte especial dentro de la sección 22 que preceptúa la “*estafa y deslealtad*” en el artículo 266 o § 266 está contenido el delito de infidelidad “*Untrue*” que señala:

“(1) Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

(2) El § 243 inciso 2 y los §§ 247 y 248 a rigen en lo correspondiente” (Lopez, 1999).

El profesor Carlos Martínez Pérez realizó un profundo y completo estudio sobre este delito, con base en esto en rasgos generales se podría resaltar que estamos ante un tipo penal que vulnera la relación de confianza y lealtad existente entre el administrador o mandatario de un patrimonio y el titular del mismo, afectando

el patrimonio económico. Consiste en la causación de un perjuicio doloso para el patrimonio ajeno, mediante la violación del deber de cuidado de dicho patrimonio (Martinez, 1994, P. 271).

De esta manera esta norma se puede dividir en dos tipos por tanto su estudio es separado, por un lado el tipo del “abuso” de la fidelidad (Missbrauchtatbestand), en el primer inciso, y el tipo de la “ruptura de la fidelidad” o de la “deslealtad” (Treubruchtatbestand), en el segundo. Suele afirmarse, al respecto, que el tipo de abuso tutela el patrimonio frente a los ataques que se derivan del otorgamiento de facultades de disposición en la esfera externa de la relación intersubjetiva, puesto que en él se castiga el abuso de la facultad de disponer de patrimonio ajeno o de contraer obligaciones en nombre de otro; por su parte, el tipo de la deslealtad preserva el patrimonio ante las agresiones que se producen en la esfera interna, habida cuenta de que en él se sanciona a quien lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos (Martinez, 1994, P. 273).

Conforme a lo anterior, se evidencia que por un lado dentro del tipo de abuso se adecuan todas las conductas en las cuales el administrador de un patrimonio ejerce en indebida forma su mandato afectando los intereses del titular del patrimonio, por tanto esta figura delictiva cabe en todas los contratos y negocios jurídicos en los que este inmerso la administración de un patrimonio, no solo está referido al ámbito societario sino en cualquier tipo de negocio. Este es un tipo en el cual se puede adecuar cualquier conducta en la que coexistan facultades de administración sobre un patrimonio y estas sean utilizadas en indebida forma afectando el patrimonio de la persona representada.

En cambio el tipo de infidelidad, comporta una amplitud que ha sido catalogada en Alemania de inconstitucional desde el punto de vista de la certeza jurídica (Martinez, 1994, P. 275). Esto porque de la interpretación de este aparte se puede derivar que el término “*lesione el deber*” puede llegar a producir interpretaciones divergentes en torno a lo que se tiene que entender por el deber en determinado caso, pudiendo llegar a vulnerar el mandato de certeza jurídica del tipo penal.

Ahora conforme al resultado de la conducta, este tipo penal se clasifica dentro de los tipos de lesión, debido a que para su consumación el tipo exige que, a través de cualquiera de las dos modalidades de conducta, se cause un efectivo perjuicio para los intereses patrimoniales confiados. (Martinez, 1995, P. 275). Por otra parte, comúnmente se acepta asimismo que el perjuicio patrimonial típico puede consistir no solo en una minoración patrimonial, sino también en la ausencia de un incremento patrimonial esperado (Ibidem, P. 277).

Así las cosas, se puede evidenciar respecto a la concreción del resultado es necesario en primera medida que se avizore un efectivo perjuicio o lesión para el patrimonio confiado, existiendo una nueva corriente que acepta dicho perjuicio en los eventos de la ausencia del incremento patrimonial esperado lo que comporta un análisis económico de la operación o negocio llevado a cabo para constatar el incremento patrimonial que dejó de producirse a causa de la acción del sujeto activo.

Estamos ante un delito de contenido general, en donde puede entrar a castigarse cualquier conducta comercial abusiva e infiel de un administrador de un patrimonio, sin tener en cuenta la naturaleza del contrato, pudiendo entonces

reprocharse un sinnúmero de conductas tanto en el marco de una sociedad, un contrato civil, un contrato comercial, una operación bursátil entre otros.

1.2 En España.

Ha de advertirse que en España es tal vez el lugar donde existe más desarrollo sobre esta temática, hallándose un sinnúmero de manuales en lo que se estudia la figura, configurándose posiciones encontradas en todos los elementos del delito. El delito de administración desleal está contenido en el artículo 295 del Código penal español que estatuye:

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

Se encuentra ubicado en el Cap. XIII *“De los delitos societarios”*, dentro de la segunda mitad del Título XIII *“Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”*, que corresponde a los delitos que afectan al bien jurídico orden socioeconómico del patrimonio individual.

De este modo Luzón Peña y Roso Cañadillas (2010, P. 5) respecto a la creación e introducción de este tipo penal en la legislación española, aducen que obedece

a una necesidad real que existía de dar una respuesta a una serie de prácticas ilícitas que contienen la suficiente entidad para no bastar la respuesta de las demás ramas del ordenamiento jurídico y legitimar, por ello, la intervención penal, pero cuya punición era antes imposible, porque, al tratarse de gravísimas infidelidades del administrador pero sin engaño previo al administrado y sin apropiarse tampoco de bienes, sus elementos no están incluidos ni en la estafa, ni en la apropiación indebida- tipo penal de características muy similares al abuso de confianza en Colombia-. De manera que surgió la necesidad de reprochar dichos actos que venían generando daños de gran magnitud y que no encontraban adecuación técnica en ninguna de los tipos penales teniendo que echar mano a otras conductas punibles con algunas características similares-apropiación indebida, estafa, hurto- irrespetando los principios fundamentales del derecho penal.

Los sujetos activos de la conducta lo constituyen los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, la doctrina plantea en lo referente a la figura de los socios algunas críticas interesantes en virtud de que en la práctica los socios no desempeñan una función de gestión en las empresas, ni tienen la competencia, ni la posición dentro del organigrama social para llevar a cabo labores de gestión o de administración (Luzón y Cañadillas, 2010, P. 9).

Ahora bien, para la doctrina española este tipo penal sigue el modelo europeo en donde se establece una doble estructura de afectación al bien jurídico (Artículo 266 del StGB alemán, el 153 del StGB austriaco, el art. 159 del Cod. Penal suizo

y el art. 224 del Cod. Penal portugués), consistente en los abusos de poderes que se manifiestan en obligaciones excesivas para el mandante y el ejercicio desleal, pero que entraña una diferencia de gran relevancia frente a estas legislaciones donde se reprocha una gestión desleal genérica del patrimonio (Bacigalupo, 2004, P. 147), y no una gestión desleal del patrimonio societario aspecto que diferencia el tipo penal español de administración desleal con las legislaciones mencionadas.

Por ello, el tipo penal está dividido en dos modalidades de conducta, la primera consistente en “*contraer obligaciones a cargo de la misma*”, que tiene la categoría del tipo de abuso, que tiene la finalidad de proteger el patrimonio social en las “*relaciones externas*”, es decir, en las relaciones jurídicas obligacionales contraídas por el administrador con terceros a cargo del patrimonio administrado. Y la segunda cuya finalidad es proteger las llamadas “*relaciones internas*”, es decir, entre el administrador y la sociedad, frente a los perjuicios que pueda causar el administrador por infracción de sus deberes, que se traduce en la acción de “*disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad*” (Bacigalupo, 2004, P. 149).

En suma, el tipo de abuso “*contraer obligaciones a cargo de la sociedad*” se caracteriza porque se realiza contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, cuando el administrador o el apoderado de la sociedad celebra negocios jurídicos que obligan a la sociedad con abuso de los poderes que le han sido otorgados, que le incumben según los estatutos o que se derivan de la ley (Bacigalupo, 2004, P. 149). Por ello este tipo se identifica por la extralimitación del ejercicio de

poderes conferidos al administrador o apoderado del ente societario quien por conducto de la celebración de un contrato o negocio jurídico, actos que están dentro de sus facultades afecta el interés patrimonial de la persona jurídica.

Para el profesor Miguel Bajo Fernández- sin duda uno de los más importantes doctrinantes en esta materia- y José Lozano Miralles en lo referente a esta modalidad del conducta señalan que tiene gran relevancia la cuestión de los negocios de riesgo, es decir, aquellos en los que el beneficio para la sociedad es altamente insegura o los negocios puramente especulativos (1999, P. 422). Ello porque ostenta una particular significación el comportamiento o conformidad de la entidad representada, en punto de la autorización para la realización de negocios de riesgo, donde no se configuraría el delito, contrario sensu, en los eventos en donde el administrador sin consultar a la asamblea o junta directiva de socios celebra negocios jurídicos que generan obligaciones en detrimento del patrimonio social.

En dichos negocios de riesgo se ha considerado que si el apoderado se mantiene dentro de lo autorizado por los titulares del patrimonio administrado, es decir, dentro de la llamada “relación interna”, no cabe apreciar abuso de sus poderes o facultades en la acción de emprender un negocio de riesgo (Bacigalupo, 2004, P. 150).

Ahora en punto de la segunda modalidad de conducta “*disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad*” o también llamada el tipo de infidelidad por algunos autores, es entendida como 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 alguna (Luzón, Rozo, 2010, P. 10), así las cosas alcanza aquellas conductas lesivas al patrimonio que no se manifiestan a través de negocios jurídicos, sino mediante una administración incompatible con el cuidado exigido por el patrimonio y la confianza que ha sido depositada en el administrador, en los ejemplos de este tipo de conducta están el uso para fines personales de los fondos o materiales sociales, con perjuicio para la sociedad; la adopción de medidas que directa o indirectamente impliquen una disminución de derechos sociales, como la constitución de una “caja negra” que impide luego ejercer una pretensión determinada; la omisión de exigir al personal el cumplimiento de sus obligaciones, permitiendo que se produzcan daños patrimoniales a la sociedad (Bacigalupo, 2004, P. 151-152).

De este modo se puede afirmar que el delito de administración desleal está compuesto por dos categorías o llamados en nuestro contexto jurídico verbos rectores de la conducta, por un lado tenemos un tipo de abuso referente a las relaciones externas del ente social caracterizadas por que la afectación al bien jurídico se produce por la celebración de un negocio jurídico que causa un perjuicio directo económicamente evaluable a los socios de la persona jurídica y otros sujetos pasivos expresamente señalados, por otro lado el tipo de infidelidad es distinguido porque se desarrolla en las relaciones internas entre la sociedad y el administrador, quien al disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad puede llegar a afectarla.

Estos son a rasgos generales algunas precisiones en torno al delito de administración desleal en España, ello sin realizar un análisis profundo desde todos los elementos del tipo penal sino de los puntos que consideramos de mayor importancia para un acercamiento al tema.

1.3 En argentina.

El código penal argentino en su artículo 173 numeral 7 señala que:

“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”.

Este artículo es una subordinación del artículo 172 del código penal argentino que preceptúa: *“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”.*

De este modo este tipo penal se encuentra ubicado en el Título VI Denominado *“Delitos contra la propiedad”*, en el capítulo IV denominado *“Estafa y otras defraudaciones”*.

Este tipo penal guarda mucha semejanza con el *“untrue”* alemán, y con gran parte de los tipos penales europeos, en tener el doble tipo de conducta, consistentes por

un lado en “*Perjudicar los intereses confiados*” (el llamado tipo de infidelidad), u “*obligar abusivamente al titular de estos*” (el tipo de abuso).

El penalista argentino José Antonio Buteler realizó un estudio desde el ámbito societario de este tipo penal, dividiendo su estudio entre los tipos penales que denominó “*societarios por su estructura*”, es decir todas aquellas conductas que dentro de su literalidad expresamente tipifican como sujeto pasivo un ente societario o sus socios, por ejemplo el delito de “*balance o informe falso*”, por otro lado considero que existen otro tipo de atentados que son “*societarios por su funcionalidad*” es decir aquellos que expresamente no señalan su comisión dentro del ámbito societario pero que por ser de contenido general pueden adecuarse, ubicando al delito en estudio dentro de esta categoría. Considera que el objeto específico de protección lo constituye “*bienes o intereses pecuniarios ajenos*”, lo que desde la perspectiva de la vida societaria, conceptualmente abarca en su protección tanto el interés social como el individual de los socios, en tanto y en cuanto el administrador o administradores decidan y/o realicen comportamientos en el estricto campo de sus atribuciones, pero que lesionen derechos de los socios (2006, P. 35).

Así las cosas podemos observar como este delito dentro del contexto argentino, se puede adecuar a las conductas de los administradores de sociedades que obrando con violación de sus deberes perjudiquen los intereses de la persona jurídica o la obliguen abusivamente, hay que señalar además que este tipo penal se puede adecuar a la conducta de cualquier persona que por disposición de la

ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, no solo adscribiéndose a la conducta de un representante legal o administrador societario sino al de cualquier sujeto que tuviera a su cargo la tutela de bienes o intereses patrimoniales ajenos, pudiendo ser reprochadas conductas indebidas de mandatarios de personas naturales, representantes de entidades sin ánimo de lucro, representantes de entidades fiduciarias, entre muchos otros.

2. La administración desleal en Colombia.

El delito de administración desleal se introdujo en nuestro país con el nuevo estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011), por el 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. Dicha ley se encargó de crear medidas de carácter administrativo, disciplinarias, establecer políticas institucionales y pedagógicas, y la introducción de nuevos tipos penales tanto para el sector público como el sector privado tendientes a fortalecer las medidas contra la corrupción. Entre estas medidas penales dentro del sector privado se crearon dos delitos ubicados dentro del título VII “*Delitos contra el patrimonio económico*”, en el capítulo quinto “*abuso de confianza*” llamados “corrupción privada” y “administración desleal”.

El delito de administración desleal preceptúa: “*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 está causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Desde una simple lectura del tipo penal se puede evidenciar que guarda mucha semejanza gramatical con la descripción típica del artículo 295 del Código Español, por tanto se avizora una enorme influencia de la legislación española en la tipificación de este delito en Colombia, solo existiendo algunos cambios en el aumento de los sujetos activos en la tipificación colombiana- “*directivo*”, “*empleado*”, “*asesor*”- y la no inclusión del sinnúmero de sujetos afectados que tiene el tipo español- “*depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*”-

Por efectos metodológicos vamos a realizar un estudio desde todos los elementos del tipo penal desde una visión crítica de los mismos, recomendando algunos aspectos que desde nuestro punto de vista deben ser tomados en cuenta al momento de interpretar este tipo penal.

2.1 Precisión sobre los elementos normativos del tipo penal.

Como paso previo al estudio de cada uno de los elementos que conforman el tipo penal de administración desleal, queremos realizar una precisión en torno a que no vamos a realizar un análisis separado sobre los elementos normativos del tipo o también llamados ingredientes normativos (Reyes Echandía). Esto porque es entendido que los elementos normativos no existen como fenómenos autónomos,

sino que sobre elementos ya conocidos de la figura típica (sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico etc.), se deben hacer determinadas valoraciones (Cancino, 1982, P. 82). Así que de cada elemento del tipo penal que para su comprensión requiera ir a otras ramas del saber jurídico u otras áreas del saber, procederemos en la medida de lo posible a realizarlo.

Por tanto dichos elementos son todas aquellas valoraciones que se hacen sobre un componente del tipo penal que para su comprensión es necesario que el intérprete vaya a otra norma jurídica (elementos normativos jurídicos) o a otra área del saber no jurídico (elementos normativos extrajurídicos).

2.2 Sujeto activo.

Se entiende por sujeto activo a la persona que realiza la conducta típica; también se la conoce con el nombre de agente, sujeto-agente, actor o autor (Reyes, 1999, P.26). En el delito de la administración desleal estamos en presencia de sujeto activo de carácter calificado, en la medida en que el tipo penal requiere que solo podrá ser agente la persona revestida de ciertas condiciones, características o cualidades (Reyes, 1999, P. 37), consistentes en ser “*Administrador de hecho o de derecho*”, “*socio de cualquier sociedad constituida o en formación*”, “*directivo*”, “*empleado*”, “*asesor*”.

- a. Administrador de derecho: es quien ejerce individual o colegiadamente, p. ej. dentro de un consejo de administración o representación legal de una sociedad, de modo permanente la función de administrar la sociedad reuniendo todos los requisitos y formalidades legales en cuanto a su nombramiento e inscripción (Luzón, Roso, 2010, P. 9).

Frente a este elemento estamos en presencia de un elemento normativo del tipo penal, ya que la ley penal no define que se entenderá por administrador de derecho, teniendo que ir a otras ramas del saber jurídico en este caso el derecho societario, que dentro de la ley 222 de 1995 establece el régimen de administradores³, donde establece las personas que para la ley serán tomadas como administradores y los deberes a los cuales están sometidos⁴.

Por tanto administradores de derecho para la ley colombiana son el representante legal quien es la persona que representa a la persona jurídica frente a terceros que también se le denomina gerente; el liquidador es la persona encargada de dar cumplimiento al proceso de liquidación del patrimonio de la entidad, una vez disuelta. También tiene la representación legal en la liquidación y en algunos casos la representación de los asociados (Suarez, 2010, P. 176).

El factor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1332 del Código de Comercio, es la persona que recibe un mandato para administrar un establecimiento de comercio, una parte de él o una parte de las actividades de dicho establecimiento, en materia de sociedades las sucursales son establecimientos de comercio administradas por mandatarios con facultades

³ **ARTICULO 22. ADMINISTRADORES.** Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

⁴ **ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.** Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

para representar a la sociedad⁵, luego dichos administradores son factores (Ibidem, P. 176), por lo cual los mandatarios que administran los bienes de las sucursales de una sociedad pueden ser sujeto activo de este delito.

Los miembros de juntas o consejos directivos o de administración son las personas que los integran o forman parte de dichos cuerpos colegiados y que cumplen funciones de gestión de los negocios sociales (ibídem, P. 177), son los entes encargados de ordenar la ejecución de todas las actividades y negocios dentro del objeto social de una sociedad que son llevadas a cabo la mayoría de ocasiones por el representante legal. En este punto despachamos de una vez el sujeto activo contemplado en el tipo penal de “*directivo*”, ya que para la ley colombiana (ley 222 de 1995) este es catalogado como un administrador de manera que su inclusión de forma autónoma es a todas luces anti técnica y desconocedora del derecho de sociedades colombiano pudiendo clasificarse dentro de la categoría de “*administrador de derecho*”.

Ahora bien, el mismo argumento se aplica para los términos “*empleado*” y “*asesor*” ya que el tipo penal como más adelante expondremos con mayor profundidad hace relación a una circunstancia de modo para cometer el delito que es el “*abuso de las funciones propias de su cargo*” por lo que para determinar si la persona puede ser considerada sujeto activo de este delito, el primer aspecto a considerar son las funciones que ejerce dentro de la sociedad

⁵ Artículo 263 del Código de Comercio: **DEFINICIÓN DE SUCURSALES - FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES.** Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

que por lógica deben estar referidas a la administración o gestión de los bienes de la sociedad núcleo esencial del tipo penal, si no ostenta dichas condiciones o funciones no puede abusar de ellas, no se puede abusar de algo que no se ostenta. Por lo tanto si el empleado o asesor de la sociedad por los estatutos ejerce o detenta funciones de administración (art. 22 ley 222 de 1995), son también legalmente considerados como “administradores” sin importar la denominación que tengan dentro del contexto empresarial como “empleados”, “contratistas”, “asesor”, “consultor”. Cosa distinta sucede si el “*empleado*” o “*asesor*” no detenta dentro de los estatutos funciones de gestión o administración pudiéndose catalogar como “*administrador de hecho*”, con las críticas y limitaciones que más adelante presentaremos, siendo de igual manera contrario a la técnica jurídica incluir en la estructura del tipo penal dichos términos.

- b. Administrador de hecho: el profesor Francisco Reyes Villamizar citando a la doctrina francesa expone que “los administradores de hecho (Dirigeants de fait) son aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de estar desprovistas de un mandato social, se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad para ejercer, con soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión, de administración y de dirección. Esta calificación permite aplicarle a una situación de hecho, la consecuencia de derecho correspondiente” (2013, P. 565). Para él no existe en el sistema jurídico colombiano el concepto de “administrador de hecho”, que permite hacerle extensivas las responsabilidades legales aplicables a

los administradores y a individuos que, a pesar de no ocupar cargos formales de administración, cumplan actividades administrativas. (Ibidem, P. 565).

La ley 1258 de 2008 en su artículo 27⁶ parágrafo por medio de la cual se creó la famosa “*Sociedad por acciones simplificada*”, es el único precepto legal existente actualmente en Colombia que de alguna u otra manera regula la figura del administrador de hecho, al señalar que la persona jurídica o natural que sin ser administradora de una S.A.S se inmiscuya en los asuntos sociales incurrirá en las mismas responsabilidades para los administradores, por tanto es evidente que dicha regulación opera de manera restrictiva para este tipo de sociedades que son las únicas donde se reconoce la figura del “*Administrador de hecho*”.

Conforme a ello, es preciso acotar que al no existir referente legal salvo una excepción (sociedad de acciones simplificadas), que defina o regule la figura del “*administrador de hecho*”, se incurriría en un gran atentado contra el principio de accesoriedad del derecho penal, entrar a crear ilícitos que ninguna de las otras ramas del ordenamiento jurídico prevén al sancionar conductas de administradores de hecho de tipologías societarias diferentes a la sociedad por acción simplificada. Tal y como lo señala uno de los más grandes penalistas de

⁶ **ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.** Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

PARÁGRAFO. 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.

Colombia el maestro Juan Fernández Carrasquilla que expone que en cualquier caso, y en virtud de la unidad fundamental del ordenamiento jurídico, los conceptos fundamentales del derecho son necesariamente iguales en todas las ramas del Derecho y de la ciencia jurídica, aunque por razones de especialidad reciban cada una ciertas matizaciones (2004, P. 81 y 82).

Por ello el derecho penal no crea la ilicitud, lo que aporta es la última barrera de protección contra los atentados más graves frente a los bienes jurídicos, así en los pocos casos en que el derecho penal aparece creando ilicitudes, esto es, sancionando hechos que no son jurídicamente ilícitos con independencia de la norma penal misma, entonces el derecho penal está actuando como Derecho (creador de normas) y no como derecho penal (creador de sanciones que refuerzan normas) (Fernandez,2004, P. 81, citando a Creus). Por tanto el derecho penal debe recibir constantes auxilios de las normas extrapenales, esto es, debe acudir a ellas con frecuencia para integrar proposiciones jurídicas completas (Ibidem, P. 82).

Al entrar con este delito el derecho penal a regular el ámbito societario, no es conforme a los principios de la dogmática penal entrar a crear ilicitudes que ninguno de los otros ordenamientos jurídicos contemplan, esto porque además de vulnerar el principio de accesoriedad quebrantaría la seguridad jurídica, en torno a que se podría eximir de responsabilidad un presunto administrador de hecho de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada en la jurisdicción civil o en la nueva “*corte societaria*” de la superintendencia de sociedades y ser condenado penalmente por el delito de administración desleal, aspecto que configura una

grave violación no solo a las normas rectoras de nuestra ciencia sino a los derechos fundamentales de la persona procesada. Ello sin mencionar, la flagrante vulneración al mandato de certeza⁷ que existiría en estos casos en donde el intérprete sería quien bajo sus convicciones personales definiría el término “*administrador de hecho*” al no existir referente legal alguno que lo haga⁸.

Por todo lo anteriormente señalado, el único “*administrador de hecho*” que consideramos puede ser reprochado por la comisión de este delito es el de la sociedad por acciones simplificada.

c. “*Socio de cualquier sociedad constituida o en formación*”: Por el termino socio se entiende aquella persona que en virtud de un contrato de sociedad se ha obligado a hacer un aporte con el fin de obtener una utilidad o un lucro, como lo refiere el artículo 98 del Código de comercio colombiano. Y al referir el tipo la expresión “*sociedad constituida*” hace relación a la exigencia legal de cumplir unas formalidades legales para el nacimiento de la persona

⁷ “Desde la ilustración se ha enunciado que la estricta legalidad penal no se satisface con una ley cualquiera, aunque sea previa, si la misma no es “cierta”, o sea clara y precisa en la descripción de la conducta sometida a pena. De la claridad y precisión del texto legal que establece el delito (la llamada parte primera o parte preceptiva de la ley incriminadora, que describe el supuesto de hecho que funge como antecedente necesario de la sanción) depende la certeza con que el ciudadano puede conocer la ilicitud y punibilidad del hecho antes de obrar, así como el mandato de taxatividad se desprende que no será sometido a sanción criminal por hechos distintos. **“Ley cierta” es la que contiene un tipo determinado y este el que define la conducta de manera inequívoca**” (Fernández, 2004, P. 195)

⁸ Es por ello que no consideramos de recibo en Colombia posturas como la de Miguel Bajo Fernández que señala que se puede entender que por administrador de hecho se está refiriendo el legislador a aquel miembro de la entidad que de facto tiene el dominio social y, por tanto, se convierte en garante del bien jurídico protegido por la norma, basado en que la analogía del art. 297 del Código Penal español- *artículo que precisa que entidades deben ser consideradas como sociedad para efectos penales extendiéndose de las contempladas por la legislación comercial aspecto que no ocurre en Colombia*- en el sentido de equiparar a las sociedades otras entidades que no lo son, obliga al Derecho Penal a definir quien administra por disposición legal o quien lo hace fácticamente (Bajo, Miralles, 1999, P. 401-402). Por lo tanto, al no existir en Colombia una regulación como la del artículo 297 del Código Español debemos acudir a la legislación comercial para definir que entendemos por sociedad y sus elementos entre estos los “*administradores*” so pena de propiciar un caos jurídico con miras de asegurar justicia material atropellando las garantías penales del procesado.

jurídica dependiendo el tipo societario, por tanto cuando se hayan cumplidos dichos requisitos se constituye la sociedad ante el tráfico jurídico; por otro lado el término “*en formación*” hace referencia a los eventos en que no se han cumplido dichos requisitos para su constitución, se le atribuye en estos casos el nombre de “*sociedad de hecho*”.

Es muy dudosa la incorporación de este sujeto activo en el tipo penal, en cuanto los socios no tienen un papel de gestores, ni tienen la competencia, ni la posición dentro del organigrama social para llevar a cabo labores de gestión o de administración (Luzón, Roso, 2010, P. 9). Aunque en nuestro ordenamiento jurídico podrían llegar a ostentar dichas funciones de gestión en las llamadas sociedades de personas- aquellas sociedades en donde prevalecen las calidades personales de los asociados-⁹ los socios.

En este tipo de sociedades de acuerdo con el régimen legal todos los socios están en capacidad de ejercer actos de administración del ente social, ostentando por lo anterior cada uno de ellos la calidad de “*administrador*” para efectos legales. Aspecto que no es de aplicación en las sociedades de capital como la sociedad anónima en donde prevalece el llamado elemento “*intuitu rei*”, en estas compañías la administración no la ejercen los socios por sí mismos, sino que es delegada en una junta directiva que, a su vez, designa al representante legal (Reyes, 2013, P. 26).

⁹ . “En virtud de la naturaleza misma del contrato social, la administración en las sociedades de personas la asumen los socios de manera conjunta y directa. Esta característica implica que, de acuerdo con el régimen legal supletivo de estas sociedades, todos los socios tienen la facultad de administrar y ejercer representación legal, salvo que esas atribuciones sean delegadas en forma estatutaria en un tercero o en otro socio” (Reyes,2013, P. 26).

Por lo anterior, únicamente tendrían la calidad de sujetos activos del delito los socios de sociedades de personas, por las funciones que fungen de administradores del ente societario, pudiendo por tanto abusar de ellas, aspecto que no podrían ejecutar los socios de sociedades de capital¹⁰.

2.3 Objeto jurídico y sujeto pasivo.

Como paso previo a delimitar el sujeto pasivo de la conducta que es considerado como el titular del interés jurídico protegido por el legislador en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente (Reyes, 1999, P. 43), es conveniente precisar el interés jurídico protegido por el Derecho penal, constituyéndose este tipo penal dentro del Título VII del Código Penal denominado “*Delitos contra el patrimonio económico*”, a priori el objeto jurídico sería el patrimonio económico, concepto que posee un sinnúmero de definiciones y acepciones aceptando nosotros en nuestro estudio la unánimemente reconocida por la doctrina denominada concepción mixta o jurídico económica¹¹.

No hay que olvidar, que cada tipo penal protege un ámbito determinado del bien u objeto jurídico tutelado, por tanto el legislador al ubicar el delito de

¹⁰ En los casos en que el socio no detenta ningún cargo dentro de la sociedad, no se entiende en absoluto cómo éste puede abusar de las funciones propias de su cargo, si no tiene cargo alguno. Por ello procede efectuar una *interpretación restrictiva de la referencia a los “socios” (basada a su vez en una interpretación estricta de la exigencia de abuso de las funciones del cargo)*, en el sentido de que *han de ser también administradores*, aunque sea de hecho. *No basta por tanto* que un socio se arrogue momentánea e indebidamente un acto de gestión o de administración de la sociedad, sino que ha de tratarse justamente de socios que actúen “con abuso de las funciones propias de su cargo”, como taxativamente requiere en todo caso el precepto (Luzón, Roso, 2010, P. 10).

¹¹ Dicha concepción hace referencia a la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. (Cáceres, P. 22).

administración desleal dentro de este título pretende proteger el patrimonio económico y todas las relaciones económicas reconocidas por el derecho de los socios como expresamente lo prevé el tipo (sujetos pasivos del delito). Aspecto controversial en la medida en que la conducta de los administradores y los deberes que ostentan no están dirigidos directamente a la preservación y conservación del patrimonio de los socios sino de la sociedad- objeto material del delito- e indirectamente se podría llegar a aseverar que el administrador societario debe buscar la protección del peculio de los socios en la medida en que no exista pugna con la persona jurídica, siendo el primero y más relevante el de la sociedad, por tanto consideramos que hubiera sido más conveniente exigir dentro de la estructura del tipo la causación de un perjuicio para la sociedad¹²¹³. Que al haber sido catalogada como sujeto pasivo del delito dentro de su configuración se podría clasificar la figura de los socios como afectados, aspecto que consideramos no puede hacer al revés, ya que se estaría extendiendo la aplicación

¹² Además dicho reconocimiento hubiera sido más beneficioso en cuanto la teoría organicista (reconocida por doctrinantes colombianos en derecho societario) se presta de una manera adecuada para explicar la estructura y funcionamiento de la sociedad, en cuanto el ente colectivo está conformado por diferentes órganos que conviven funcionan y colaboran en la formación y desarrollo de la sociedad.

“Estos órganos son: El de representación u órgano de gestión externo; el de administración u órgano de gestión interna y los socios u órgano de gestión y beneficios. TODOS ESTOS ORGANOS NACEN SIMULTANEAMENTE CON LA PERSONA JURIDICA u ente colectivo denominado sociedad, sin que sea viable jurídicamente la existencia de sociedades mutiladas es decir, sin órganos de representación, administración o gestión. No admite duda alguna, que no existe sociedad sin socios” (Gil,1996,P 316 Y 317) .

¹³ Estamos de acuerdo con la postura establecida por el profesor Francisco Bernate en Colombia que manifiesta que se desconoce abiertamente la diferencia patrimonial entre el haber social y el individual de cada uno de los socios. Una correcta redacción de este delito, sería exigir la afectación al patrimonio societario y no el de cada asociado en particular (2013).

del tipo penal en contra del reo. Así las cosas el sujeto pasivo los constituyen los socios¹⁴.

Por último, no hay que obviar que la sociedad en la actualidad tiene una connotación inmensa en el tráfico económico al punto de haberse convertido en el vehículo de riqueza por excelencia y afirmar que las conductas reprochables que suceden dentro de ella no afectan al colectivo social sería negar la realidad que nos rodea (esta postura está férreamente defendida por Luzón Peña en España). Como acertadamente lo señala el profesor Suarez Franco:

“La sociedad se proyecta en multiplicidad de campos, no solo en el derecho comercial propiamente dicho, sino en el financiero, en el bancario y en general en todas las actividades de carácter económico. Sin ir lejos, la tan mentada globalización de la economía y sus grandes crisis son ocasionadas por decisiones de las sociedades de grandes empresas que desarrollan actividades financieras, bancarias y bursátiles detectoras del orden económico” (2010, P. 242).

Es claro entonces, que indirectamente se podría llegar a afirmar que la comisión de delito afecta el orden económico y social no de una manera declarada claro está, pero de una manera latente. Es procedente recordar la connotación que ha

¹⁴ Es de recibo traer a colación la postura esgrimida por el profesor Francisco Reyes Villamizar quien en un artículo publicado por AMBITO JURIDICO llamado “*Corrupción privada*”, sentó su posición respecto al delito en estudio y manifestó que con la irrupción del derecho penal en el ámbito societario se le imponen más cargas a los administradores quienes ya ostentaban un régimen de responsabilidad estricto en el ámbito societario ahora son potencialmente blanco de ser objeto de investigaciones penales por actos propios de sus funciones que son la disposición de bienes y asunción de obligaciones, además de poder ser utilizadas dichas acciones penales para resolver asuntos estrictamente privados, a modo de una “extorsión” dada la impresión que conlleva el inicio de un proceso penal en contra (aspecto que no nos fue posible analizar en la profundidad que hubiéramos deseado por limitaciones de espacio pero que de seguro va a ser objeto de un posterior estudio).

tenido el caso “*interbolsa*”, y la afectación no solo social sino económica a gran escala que produjo.

2.4 Verbos rectores de la conducta y su relación con circunstancias contempladas en el tipo penal.

La administración desleal sigue de viva letra el tipo penal español en lo relativo a sus verbos rectores siendo la “*disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad*” o “*contraiga obligaciones a cargo de esta*”, teniendo que causar directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios.

Corolario de lo anterior, consideramos que existen 2 formas autónomas de afectación al bien jurídico, en este caso por un lado la figura denominada por la doctrina de “*infidelidad*” consistente en aquellas conductas lesivas al patrimonio que no se manifiestan a través de negocios jurídicos, sino mediante una administración incompatible con el cuidado exigido por el patrimonio y la confianza que ha sido depositada en el administrador. Por esta vía, cabe entender por “disponer” toda acción u omisión que tenga efectos sobre el mantenimiento del patrimonio, el carácter fraudulento de la disposición concierne a la defraudación de la confianza depositada en el administrador (Bacigalupo, 2004, P. 151). En esta modalidad de conducta se pretende garantizar las relaciones internas entre el administrador-sociedad-socios, ejemplos de estos hechos son el uso para fines personales de los fondos o materiales sociales, con perjuicio para la sociedad; la adopción de medidas que directa o indirectamente impliquen una disminución de derechos sociales, como la constitución de una “caja negra”; la

omisión de exigir al personal el cumplimiento de sus obligaciones, permitiendo que se produzcan daños patrimoniales a la sociedad. (Ibídem, P. 151-152).

A su vez, en el otro lado tenemos la figura del “abuso” consistente en aquellas conductas ejercidas por el sujeto activo que atentan contra las “relaciones externas” entre el administrador y la sociedad, se realiza contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, cuando el apoderado de la sociedad celebra negocios jurídicos que obligan a la sociedad con abuso de los poderes que le han sido otorgados, que le incumben según los estatutos o que se derivan de la ley (Ibídem, P. 149). Entre algunos ejemplos de este tipo de conducta se encuentran la celebración de negocios jurídicos cuyas prestaciones económicas son gravosas para el patrimonio de los socios- dicha última afirmación con las precisiones que realizamos en el apartado anterior-, la venta de bienes de la sociedad a precios irrisorios con miras a la obtención de un provecho propio o de terceros, por comisiones, dadas, entre otros.

A su vez el tipo penal contiene una circunstancia de modo para poder calificar de típica la conducta que hace relación a el “*abuso de las funciones propias de su cargo*”, algunos la califican como un especial desvalor de la acción pero consideramos consecuente clasificarla como una circunstancia en la que se tiene que desarrollar alguno de los verbos rectores anteriormente analizados para poder ser típica la conducta.

El término “*abuso*” según el Diccionario de la real academia española, hace referencia a “hacer un uso malo, excesivo, injusto, impropio, de algo o de alguien”, por tanto dentro de este tipo penal se comprende como la realización de

los verbos rectores anteriormente reseñados en un uso excesivo, impropio, injusto de las funciones propias del cargo, comprendiendo tanto el ejercicio en el marco de las funciones (estatutarias y legales) como la extralimitaciones de las mismas, un ejemplo en este evento lo constituye la celebración de negocios jurídicos por valores que superan los establecidos en los estatutos cuando afecten el patrimonio y se realicen en beneficio propio o de terceros y no de la persona jurídica.

De otra parte, dichas modalidades de conducta “*disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad*” o “*contraer obligaciones a cargo de la sociedad*”, deben ejecutarse en beneficio propio o de un tercero para la adecuación de la conducta al tipo penal, por lo anterior no serían configuradoras de este delito la disposición de bienes de la sociedad o contraer obligaciones con miras a obtener un beneficio social. No es de sobra, señalar que estamos ante un tipo doloso donde es requisito *sine qua non* que se den los elementos del dolo para adecuar la conducta al tipo subjetivo, ello porque muy probablemente se van a empezar a imputar indiscriminadamente en el marco de este delito decisiones de los administradores tomadas sin las previsiones correspondientes buscando un beneficio social que ocasionan un detrimento patrimonial que se calificarían más como una imprudencia que como un delito doloso, y al no existir en nuestro país la administración desleal culposa no serían de recibo como lo preceptúa el artículo 21 del código penal siendo por tanto conductas totalmente atípicas y ajenas al derecho penal.

2.5 Objeto material y resultado.

El elemento típico conocido como el objeto material- la concreción material de la ilicitud- lo constituyen los bienes de la sociedad debido a que ambas modalidades de conducta están referidas a los bienes de la sociedad, por un lado respecto a su disposición fraudulenta y por otro la asunción de obligaciones que ocasionen un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, detrimento que se constituye como el resultado exigido por el tipo penal.

El legislador colombiano al igual que el español incurrió en un grave error conceptual a la hora de definir la conducta típica, toda vez que la acción de “disponer” o de “contraer obligaciones” se proyecta exclusivamente sobre “los bienes de la sociedad”, los cuales representan literalmente, por tanto, en rigor el único objeto material del delito; sin embargo, al describir el resultado material del tipo se indica que el perjuicio ha de recaer sobre “sus socios” (Martinez-Bujan, 2002, P. 257), imprecisión conceptual que de igual manera denota una falta de técnica jurídica y el trasplante normativo del Código Español al colombiano sin un estudio dogmático y político criminal serio.

2.6 Accesoriedad del derecho penal y postulado de la unidad del ordenamiento jurídico.

El Derecho penal es de naturaleza subsidiaria, por lo que su intervención sobre los derechos de los ciudadanos solo se legitima cuando se hayan acudido a medios menos gravosos y no se haya solucionado la situación, por tanto entra en acción únicamente en defecto de los otros recursos jurídicos que posee el Estado para hacer frente a dichas situaciones (Fernandez, 2004, P. 78). De esta forma, es a todas luces ilegítimo que el Derecho Penal entre a regular y castigar situaciones

que no están contempladas en otros ordenamientos jurídicos en el caso que nos atañe el comercial.

Conforme a ello, proponemos la interpretación del tipo penal anteriormente desarrollada para que el delito de administración desleal sea aplicado de la manera más racional posible y respetando los postulados y principios de la dogmática penal, so pena de utilizar el derecho penal en un primer plano cuando por su naturaleza le corresponde acudir en segundo plano, siendo completamente innecesaria su intervención.

Además, la naturaleza subsidiaria del derecho penal se interrelaciona con la unidad del ordenamiento jurídico, por tanto este debe estimar idénticos objetos de valoración en idéntico contexto siempre según los mismos principios, aun cuando también las ramas jurídicas a las que pertenece la valoración; El postulado de la unidad del ordenamiento jurídico supone en esta medida una expresión de un ordenamiento jurídico sin contradicciones.(Jakobs, 1997, P. 423).

Así las cosas, aunque es evidente que el derecho penal conserva unas características propias como la estructura de sus normas, su contenido jurídico entre otros aspectos, ello no es óbice para mencionar que el sistema jurídico es uno solo, por tanto si cada una de las ramas coloquialmente hablando “*jalona para un lado distinto*” lo único que queda por esperar es un completo caos jurídico y la vulneración de los derechos de los ciudadanos, por tanto se propone realizar no solo en el estudio de este delito sino de todos los delitos contentivos de elementos normativos un estudio sistemático, coherente que guarde relación

con los principios del derecho y la técnica jurídica, que no se legisle por las necesidades del momento sino que la tipificación de delitos sea el resultado de un estudio académico serio¹⁵. Es cierto que existen unas especialidades dentro del derecho que guardan una autonomía conceptual en muchos aspectos pero el Derecho penal al ser la “*última ratio*” del Estado para el ejercicio del poder punitivo debe ejercer una función de refuerzo normativo no de creación de ilícitos autónomos porque de ser así no existiría ninguna diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Comercial u otros.

2.7 Conclusiones.

1. Desde una simple lectura del tipo penal se puede evidenciar que guarda mucha semejanza gramatical con la descripción típica del artículo 295 del Código Español, por tanto se avizora una enorme influencia de la legislación española en la tipificación de este delito en Colombia.
2. El tipo penal en estudio entra a regular el ámbito societario sin la ejecución de una técnica jurídica adecuada, en cuanto contempla dentro de los elementos del

¹⁵ En este punto compartimos la posición desarrollada por el académico y exconsejero de Estado Marco Antonio Velilla Moreno quien esboza que:

“El derecho económico y de los negocios -dentro del cual halla una relación con el derecho penal económico o de los negocios-, podríamos decir, apunta, como quizás pocas áreas en las que para efectos pedagógicos se ha dividido las ciencias jurídicas, a la articulación, a la religación, a la contextualización y, de ser posible, a la globalización de los conceptos, con el objeto de hacer pertinente la aplicación integrada de esos conocimientos. Esto hace que en derecho económico y de los negocios no pueda hablarse de saberes compartimentados, ya que el estudio de los casos requiere, en muchas ocasiones, el examen sistémico y contextualizado de diversos conocimientos, para así, estar en posibilidad de llegar a las decisiones pertinentes que armonicen los intereses particulares propios de esos sistemas de conocimiento (áreas o disciplinas) con el interés general. (2013,P. 21). Por tanto, si el Derecho Penal pretende entrar a regular aspectos del tráfico económico o societario es improcedente crear conceptos individuales que no guardan ninguna relación sistémica ni racional con la rama del derecho que se pretende reforzar.

delito aspectos redundantes legalmente (“*administrador de derecho*”, “*directivo*”, “*empleado*”), como aspectos que son de una difícil concreción (“*administrador de hecho*”, “*socios*”), por tanto se propone realizar una interpretación del tipo complementada por la regulación legal en materia de sociedades para lograr una racional implementación de este tipo penal en Colombia.

3. Si no se lleva a cabo una correcta interpretación de este tipo penal, el operador jurídico en la aplicación de la norma podría llegar a cometer exabruptos consistentes en la creación de ilícitos no contemplados en ninguna de las ramas del derecho, como el Derecho Penal se constituye en el reforzador de las normas jurídicas y la “*ultima ratio*” del Estado, vulneraría el principio de accesoriedad y el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico. Además de atentar contra la seguridad jurídica en cuanto una persona puede ser no hallada responsablemente en el ámbito societario y si en el ámbito que reviste más gravedad y aflicción el penal.

4. En punto del sujeto pasivo (“*patrimonio económico de los socios*”) también existen algunas vicisitudes en la medida en que la conducta de los administradores y los deberes que ostentan no están dirigidos directamente a la preservación y conservación del patrimonio de los socios sino de la sociedad e indirectamente se podría llegar a aseverar que el administrador societario debe buscar la protección del peculio de los socios en la medida en que no exista pugna con la persona jurídica, por tanto se considera que hubiera sido más conveniente exigir dentro de la estructura del tipo la causación de un perjuicio para la sociedad

5. Respecto a los verbos rectores de la conducta, existen dos alternativas de afectación al patrimonio consistentes por un lado la figura denominada por la doctrina de “*infidelidad*” consistente en aquellas conductas lesivas al patrimonio que no se manifiestan a través de negocios jurídicos, sino mediante una administración incompatible con el cuidado exigido por el patrimonio y por el otro la figura del “abuso” consistente en aquellas conductas ejercidas por el sujeto activo que atentan contra las “relaciones externas” entre el administrador y la sociedad, se realiza contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, cuando el apoderado de la sociedad celebra negocios jurídicos que obligan a la sociedad con abuso de los poderes que le han sido otorgados. Dichos verbos rectores deben ser cometidos en abuso de las funciones propias del cargo (exceso, ejercicio indebido, extralimitación) y en beneficio propio o de un tercero.

6. Existen dentro del tipo penal imprecisiones conceptuales que denotan una falta de técnica jurídica y el trasplante normativo del Código Español al colombiano sin un estudio dogmático y político criminal serio.

7. Se propone como método interpretativo realizar no solo en el estudio de este delito sino de todos los delitos contentivos de elementos normativos un estudio sistemático, coherente que guarde relación con los principios del derecho y la técnica jurídica, que no se legisle por las necesidades del momento sino que la tipificación de delitos sea el resultado de un estudio académico serio.

Referencias Bibliográficas.

1. Argentina, (1984), Congreso Nacional de Argentina. "Ley 11.79, Código Penal de la nación argentina".
2. Bacigalupo, F. (2004). Los delitos societarios en el nuevo Código penal. En *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi.
3. Bajo, M. Y Lozano. (1999). Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995. En *El Derecho Penal Español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano" Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Bogotá: Ibáñez.
4. Bernate, F. (2013, 22 octubre). La administración desleal de sociedades como delito. Diario La República. Recuperado el 15 de marzo de 2015, de http://www.larepublica.co/asuntos-legales/la-administraci%C3%B3n-desleal-de-sociedades-como-delito_72716.
5. Buteler, J. (2006). Delimitación de la cuestión. "Sobre los tipos penales societarios". En *Derecho Penal Económico parte especial, Director Fabián Balcarce. Tomo III. Córdoba: Mediterránea*.
6. Cáceres, R (Año no especificado). *Delitos contra el patrimonio, Aspectos penales y criminológicos*. Madrid: Vision Net.
7. Cancino, A. (1982). *Crítica a la teoría de los elementos normativos del tipo*. Bogotá: Universidad Externado.
8. Colombia, Congreso de la República (1995, 20 de diciembre), "Ley 222 de 1995, por medio de la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.", en Diario Oficial, núm. 42.156, 20 de diciembre de 1995, Bogotá.
9. Colombia, Congreso de la Republica (2000, 24 de julio), "Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal", en Diario Oficial, num. 44097, 24 de julio de 2000, Bogotá.
10. Colombia, Congreso de la Republica (2008, 5 de diciembre), "Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad de acciones simplificada", en Diario Oficial, num. 17.194, 5 de diciembre de 2008, Bogotá.
11. Colombia, Congreso de la Republica (2011, 12 de julio), "Ley 1474 de 2011, 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.", en Diario Oficial, num. 48.128, 12 de julio de 2011, Bogotá.

12. Colombia, Presidencia de la Republica (1971, 27 de marzo), "Decreto 410 de 1971, Por la cual se expide el Código de comercio.", en Diario Oficial, num. 33.339, 16 de junio de 1971, Bogotá.
13. Fernández, J. (2004). *Derecho penal fundamental*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez.
14. Gil, J. (1996). *Nuevo Régimen Societario*. Tomo II. Bogotá: El profesional.
15. Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general fundamentos y teoría de la imputación 2ª ed*. Madrid: Marcial Pons.
16. López, C. (1999). *Traducción del Código penal Alemán*. Bogotá: Universidad Externado.
17. Luzón, D. Y Roso. (2010). La administración desleal societaria en el Derecho penal español. En *Indret: Revista para el análisis del derecho*. Recuperado el 22 de julio de 2015, de http://www.indret.com/pdf/745_es.pdf.
18. Martínez, C. (2002). Las relaciones entre el delito societario de administración desleal y el delito de apropiación indebida en el Derecho Español. En *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: LIVROSCA.
19. Martínez, C. (1994). El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la "infidelidad" y el delito societario del "abuso de facultades jurídico-sociales"). En *Estudios Penales y Criminológicos, vol. XVII*. Recuperado el 10 de febrero de 2015, de <http://hdl.handle.net/10347/4178>.
20. Reyes, A. (1999). *Tipicidad*. Bogotá: Temis.
21. Reyes, F. (2013). *Derecho Societario, 2da Ed. Tomo I*. Bogotá: Temis.
22. Reyes, F. (2013, 3 de septiembre). Corrupción privada. ámbito jurídico. Recuperado el 1 de octubre de 2015, de http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130903-12corrupcion_privada/noti-130903-12corrupcion_privada.asp
23. Suarez, R. (2010). *Teoría general de las personas jurídicas*. Bogotá: Temis.
24. Velilla, M. (2013). *Introducción al derecho económico y de los negocios*. Bogotá: Planeta.

