

PANTOJA RUIZ, JUAN PABLO, "El delito de administración desleal en Colombia desde una perspectiva societaria", *Nuevo Foro Penal* 97, (2021).

El delito de administración desleal en Colombia desde una perspectiva societaria *Improper management crime in Colombia.* *A corporate perspective*

Fecha de recepción: 17/12/2020. Fecha de aceptación: 20/09/2021.

DOI: 10.17230/nfp17.97.3

JUAN PABLO PANTOJA RUIZ*

Resumen

El delito de administración desleal, tipificado por el artículo 250B del Código Penal colombiano, nace como un instrumento para combatir la corrupción en el sector privado. El legislador colombiano se inspiró en el ordenamiento jurídico español para tipificar como delito el acto del administrador que, abusando de sus funciones, dispone de bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio económicamente evaluable. Sin embargo, entender cuándo el administrador actúa por fuera de sus funciones y en abuso de estas requiere aproximarse a la legislación societaria, ordenamiento que regula originalmente los deberes de los administradores. Este artículo estudia esta relación entre el derecho penal y el derecho societario de cara a buscar dotar de contenido el delito de administración desleal bajo la teoría de los deberes fiduciarios del administrador en Colombia. Luego de ello estudia las particularidades del tipo de administración desleal, señalando que su redacción es susceptible de mejoría, puesto que faltó incluir a los promotores de las sociedades en formación, el perjuicio se debería predicar de la sociedad y no de sus socios y todo

* Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (2019) y Conciliador en Derecho por la Cámara de Comercio de Bogotá. Correo: pantoja.j@javeriana.edu.co.

el administrador que actúa en un beneficio distinto al de la compañía también abusa de las funciones propias de su cargo. Por último, se presentan algunas conclusiones generales.

Abstract

The offence of disloyal administration, established by Article 250B of the Colombian Penal Code, was created as an instrument to combat corruption in the private sector. The Colombian legislator was inspired by the Spanish legal system to criminalize the act of the administrator who, abusing his or her functions, disposes of company assets or incurs contractual commitments at the company's expense, causing an economically assessable damage. However, to understand when the administrator acts outside his functions and abuses them requires a closer look at company law, which originally regulates the duties of administrators. This paper studies this relationship between criminal law and corporate law to seek to give content to the crime of unfair administration under the theory of the fiduciary duties of the administrator in Colombia. After this, he studies the particularities of the type of unfair administration, pointing out that its wording could be improved, since the promoters of companies in formation were not included, the damage should be predicated on the company and not on its partners, and any administrator who acts for a benefit other than that of the company also abuses the functions of his or her position. Finally, some general conclusions are presented.

Palabras Clave

Business Judgment Rule, Derecho penal, derecho societario, administración desleal, acción social de responsabilidad, conflicto de interés, derecho penal económico, deberes fiduciarios, lealtad, abuso de sus funciones, administrador.

Keywords

Judgment Rule, criminal law, corporate law, disloyal administration, social action of liability, conflicts of interest, economic criminal law, fiduciary duties, loyalty, abuse of office.

Sumario

1. Introducción. **2.** El régimen jurídico extrapenal aplicable a los administradores de personas jurídicas en Colombia. **2.1.** Deberes fiduciarios de los administradores. **2.2.** *Business Judgment Rule* como herramienta hermenéutica de cara a analizar el comportamiento de los administradores. **2.3.** Manejo de los conflictos de interés. **2.4.** Acción social de responsabilidad: la responsabilidad patrimonial de los

administradores frente a la sociedad. **2.5.** La alternativa administrativa laboral. **3.** El delito de la administración desleal en Colombia. **3.1.** Introducción al tipo penal. **3.2.** Antecedentes extranjeros de la incorporación normativa. **3.3.** Análisis y notas sobre los elementos del tipo penal en la administración desleal en el ordenamiento jurídico colombiano. **4.** Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción.

Las relaciones fiduciarias que son protegidas a nivel mediato (luego del patrimonio económico) por el delito de administración desleal, contemplado por el artículo 250B de nuestro Código Penal colombiano, encuentran su regulación primigenia en los ordenamientos comercial y societario. En consecuencia, es sumamente útil estudiar el delito de administración desleal ligándolo a estos orígenes. Esta correlación no es accidental, sino que hace parte de una marcada tendencia contemporánea a admitir que, en el día a día de los negocios, el empresario debe prever no únicamente la comisión de delitos por terceros en contra de la empresa sino también aquellos cometidos dentro de la empresa (contra esta) o inclusive aquéllos que comprometen directamente a la empresa o a sus directivos¹.

Los delitos que comprometen directamente a la empresa²—que conforman la ya curtida discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus directivos—no son objeto de la presente disertación, al igual que los delitos cometidos al interior de la empresa. Por el contrario, el acometido acá pretendido es evaluar el delito por antonomasia que se comete en contra de la empresa por sus propios directivos y empleados: la administración desleal. Esto porque, a pesar de su protagonismo, a la relativa escasez de jurisprudencia y doctrina nacional sobre este delito, pueden sumarse las particularidades comerciales y societarias que han de tenerse en cuenta al momento de estudiar y aplicar la norma objeto de presente estudio.

1 VERA RIVERA, MARÍA DEL CARMEN, *El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*. Universidad Complutense de Madrid. 2017.p. 117.

2 Si bien técnicamente por empresa ha de entenderse toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración, custodia de bienes o prestación de servicios, conforme reza el artículo 25 del Código de Comercio colombiano, para los efectos de este trabajo se utilizará la significación castiza de la palabra. Conforme con la Real Academia de la Lengua Española, ha de entenderse por empresa: *unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*.

Así pues, para abordar estos casos es necesario salir del ámbito penal y estudiar también las regulaciones comercial, financiera, bursátil, administrativa y societaria—entre otras—en función de cada caso. En particular, porque los tipos penales que hacen parte del denominado derecho penal económico son, en su gran mayoría, tipos penales en blanco³, por lo que los ingredientes normativos han de complementarse a través de leyes, decretos e inclusive jurisprudencia ajena al derecho penal⁴.

Fundamentalmente como consecuencia de la observancia del principio de lesividad, pero también en función de la eficiencia que ha de caracterizar al ordenamiento jurídico-penal, no es dable activar el aparato punitivo-penal salvo cuando se evidencia una necesidad que no es susceptible de ser atendida por métodos extrapenales⁵. En ese sentido se pronuncia, desde una perspectiva económica armónica con los principios del derecho penal colombiano Diego GOLDMAN, quien señala que⁶:

...el Derecho penal será eficiente en la medida en que el costo social de la disuasión de las conductas ilícitas tienda a igualarse con el monto total de los daños que las mismas provocan. Ello por cuanto, **si los recursos invertidos en disuasión estuvieran por debajo del punto de igualación con el costo social del delito, todavía podría obtenerse un beneficio social marginal incrementando los niveles de disuasión.** Por el contrario, por encima del hipotético “punto de equilibrio”, el costo de la disuasión “excedente” deviene superior al beneficio social marginal de la reducción del delito obtenida, **por lo**

3 Con la dificultad que dicha acepción supone, porque el principio de legalidad impide que haya tipos penales “en blanco”, permitiendo únicamente que los mismos contengan elementos normativos de carácter extrapenal que puedan complementar el alcance de este. Sobre el debate y definición de lo que es un tipo penal en blanco, sobre el particular, ver : VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamento de Derecho Penal. Parte general*, Segunda. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2018.

4 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, ed. Raquel Montaner Fernández y Lorena Varela. Buenos Aires. Montevideo. Editorial B de f - Edisofer. 2013; CASTRO CUENCA, CARLOS GULLERMO Y OSPINA PERDOMO, JUANITA MARÍA, *Derecho penal societario*, Primera Ed. Bogotá. Universidad del Rosario. 2018, <https://doi.org/10.12804/tj9789587840414>.

5 También conocido como el axioma de dañosidad social, del bien jurídico, de la objetividad jurídica del delito, de ofensividad; hace que, únicamente es viable la intervención punitiva ante conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de las libertades ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamientos que únicamente trasgredan la ética—so pena de invadir los terrenos de la moral—o comportamientos que materialmente no cuenten con la trascendencia suficiente como para activar este escenario. Ver: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamento de Derecho Penal. Parte general*.p. 65 y ss.

6 GOLDMAN, DIEGO H, “Análisis Económico del Derecho penal y Derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones”, *Derecho Penal y Criminología* 38, núm. 104 (el 12 de diciembre de 2017): 13–74, <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.02>. p. 18.

que resultaría socialmente beneficioso dejar algunos delitos impunes.

(Se destaca)

El pensamiento de GOLDMAN complementa la característica de última ratio del derecho penal y permite inferir que, siendo el aparato de persecución penal altamente costoso—varios funcionarios judiciales y administrativos deben funcionar “armónicamente” con la burocracia que dicha coordinación supone—, este únicamente debe activarse cuando la conducta no pueda ser disuadida eficazmente por medio mecanismos extrapenales. Dichos mecanismos, particularmente los laborales, civiles, comerciales y excepcionalmente administrativos, logran transferir eficientemente los costos a los particulares, quienes no sólo asumen las erogaciones propias del litigio, sino que, muchas veces cuentan con posiciones idóneas para recopilar la información sin necesidad de la intervención de organismos de policía judicial, varios jueces y/o fiscales.

Estas dos consideraciones (la necesidad de remitirse a las fuentes societarias del delito de administración desleal para reflexionar sobre su alcance y el elaborado proceso burocrático que supone activar el aparato penal) hace que sea menester remitirse primero a estos remedios privados y administrativos provistos por las demás esferas del ordenamiento jurídico para determinar su idoneidad y efectividad, y luego sí, pronunciarnos sobre la necesidad de la intervención penal, particularmente en un sistema de carácter acusatorio donde la oportunidad y discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación cuentan con un rol fundamental⁷.

De esta forma, el presente artículo de investigación abordará en primera medida el régimen jurídico extrapenal que prevén—principalmente—los ordenamientos comerciales y administrativos con relación a los administradores de sociedades comerciales y su lealtad frente a la sociedad. En segundo lugar, detallará el tipo penal de administración desleal en Colombia, particularmente estudiando los elementos normativos que dicho delito contempla y los principales antecedentes que explican estos elementos. Por último, se procederá a realizar un conciso acápite de conclusiones.

7 En observancia de los criterios de discrecionalidad que le corresponden a la Fiscalía General de la Nación en Colombia, regulado principalmente por los artículos 321 y siguientes del Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley 906 del 2004, en particular lo previsto por el numeral 12 del artículo 324 del mismo cuerpo normativo. Cfr. MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO, *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*, ed. Javegraf, Segunda Ed. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Jurídicas. 2007; MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO, *La adopción del principio de oportunidad. Adecuada selectividad discrecional de casos y medidas en la ejecución de la política criminal*, Primera Ed. Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Jurídicas - Grupo Editorial Ibáñez. 2017.

2. El régimen jurídico extrapenal aplicable a los administradores de personas jurídicas en Colombia.

Si bien conforme con la expectativa un administrador ha de siempre propender por los mejores intereses de la compañía, puede que en la práctica éste posea intereses, por lo menos distantes, con los socios de la empresa—esta es la primera consecuencia de la separación entre propiedad y control en una sociedad—⁸. Particularmente tratándose de sociedades abiertas es dable evidenciar problemas de agencia entre los administradores y los accionistas⁹. La teoría de la agencia, acuñada por Stephen A. Ross (1973), fue institucionalizada Barry M. MITNICK, dándole cabida académica al estudio de los problemas de agencia, que ya venían por muchos años viviendo las empresas en todo el mundo¹⁰.

Esta teoría, muy utilizada por los doctrinantes en materia de derecho económico, señala que cuando una parte (denominada “agente”) ha de cumplir una labor en función de otra (denominada “principal”) puede que el agente persiga su interés individual por tener mejor información sobre los hechos relevantes que los que tiene el agente, existiendo una contraposición o por lo menos falta de alineación de intereses¹¹. Dicha desalineación de incentivos hace que sea necesario contar con

8 GOTTSCHALK, PETTER, *CEOs and White-Collar Crime* (Cham: Palgrave MacMillan - Springer International Publishing, 2017), p. 10, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-55935-3>.

9 Argumentan ARMOUR, HANSMANN Y KRAAKMAN que: *La [agencia] implica el conflicto entre los propietarios de la empresa y sus gestores contratados. En este caso, los propietarios son los mandantes y los directivos los agentes. El problema estriba en garantizar que los directivos respondan a los intereses de los propietarios en lugar de perseguir sus propios intereses personales.* (Traducción libre hecha por el autor). En: ARMOUR JOHN, HANSMANN HENRY, Y KRAARMAN REINIER, *The essential elements of corporate law: What is corporate law ?*, *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, vol. 7, 2009, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_643.pdf.

10 MITNICK, BARRY M, “Origin of the Theory of Agency: An Account By One of the Theory’s Originators”, *SSRN Electronic Journal*, núm. March 2013 (2011), <https://doi.org/10.2139/ssrn.1020378>.

11 Señala Mendoza que: Es posible que la indiferencia de los empresarios colombianos ante las reglas estudiadas se deba, en parte, a la presencia omnímoda de accionistas controlantes, incluso entre aquellas sociedades que negocian sus acciones en el mercado bursátil. Como la fiscalización ejercida por un controlante suele convertirse en el principal mecanismo para asegurar que los administradores obren con lealtad, podría ser innecesario recurrir al sistema judicial para resolver controversias con tales funcionarios. También es posible que la escasa aplicación del sistema de conflictos de interés se deba a los conocidos problemas que aquejan a nuestro sistema judicial, tal vez uno de los más ineficientes de América Latina. En: MENDOZA, JOSÉ MIGUEL, “La definición de conflictos de interés en el derecho societario colombiano”, *UNA Revista de Derecho* 1 (2016): 1–26. // Sobre la incidencia de la normativa y las pautas de organización no autónomas sino impuestas, se considera que hay una hegemonía sobre las llamadas instituciones orientadas a la protección del accionista (shareholder-oriented institutions) que permiten evaluar la conducta del administrador en función de los intereses

remedios de índole legal (particularmente controles jurisdiccionales y administrativos) para abordar la posible actuación desleal por parte de un administrador¹².

Para que se configure el delito de administración desleal bajo la legislación colombiana, es necesario que la Fiscalía General de la Nación acredite la existencia de, entre otros, tres ingredientes normativos: i) el abuso de las funciones propias del cargo del administrador, ii) la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o contracción de obligaciones a cargo de esta y iii) la producción de un perjuicio¹³. Sin embargo, para determinar cuándo se actúa fraudulentamente y con abuso de las funciones propias del cargo, es menester abordar, desde una perspectiva societaria, los deberes fiduciarios de los administradores. Es decir, no puede afirmarse que un administrador actúa en forma abusiva sin verificar qué se supone que haga este normalmente en el ejercicio de sus funciones.

Para efectos metodológicos, aclaramos que el régimen comercial que a continuación se presentará es exclusivamente aplicable a administradores de hecho y de derecho; no a socios, empleados y directivos, como sí es aplicable el delito de administración desleal (como se explicará en el acápite correspondiente).

2.1. Deberes fiduciarios de los administradores.

Con un claro origen anglosajón, la teoría de los deberes fiduciarios surgió como respuesta a los ya mencionados problemas de agencia que pueden surgir en las relaciones económicas que suponen un alto grado de confianza¹⁴. En Colombia se han trasplantado dichos parámetros fiduciarios, en adición a la legislación aplicable en materia laboral cuando medie un contrato de trabajo, en el Código de Comercio colombiano y las leyes 45 de 1990, 1266 de 2008, 222 de 1995 y 1258 de 2008, entre otras disposiciones¹⁵. Estos cuerpos normativos cuentan con cánones que

de estos, y no de todos quienes tengan un interés en la empresa" stakeholders". Ver: HANSMANN HENRY Y KRAAKMAN REINIER, "The End of History for Corporate Law", en *Corporate Governance*, vol. 89 (Gower, 2017), 49–78, <https://doi.org/10.4324/9781315574288-3>.

12 TIROLE, JEAN, *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, Massachusetts. The MIT Press. 1994. p. 35.

13 CUENCA CASTRO Y PERDOMO OSPINA, *Derecho penal societario*. p.126.

14 SABOGAL BERNAL, LUIS FERNANDO, "La relación administrador-sociedad", *Revista de Derecho Privado* 18 (2010): 133.

15 Recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció expresamente sobre el contenido y alcance de los deberes fiduciarios de los administradores en Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2749-2021 (MP Álvaro Fernando García

permiten afirmar que en Colombia tiene plena aplicación la relevante tríada fiduciaria del administrador, compuesta por los deberes lealtad, diligencia del buen hombre de negocios¹⁶ y buena fe¹⁷. El contenido principal de estos deberes puede sintetizarse así:

i. Deber de Lealtad. El deber de lealtad el deber más relevante al momento de estudiar el delito de administración desleal—como consecuencia del elemento normativo de abuso de funciones—. Conforme con esta máxima, que parte del axioma con el cual una misma persona no puede servir coincidentemente a dos amos, el administrador no ha de actuar en interés propio o de algún tercero, sino conforme con los intereses de la sociedad¹⁸.

Según la doctrina son proyecciones de este deber: i) guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad, ii) abstenerse de usar información privilegiada en forma indebida, iii) tratar equitativamente a los socios, iv) respetar el derecho de inspección y v) abstenerse de incurrir en actos de competencia con la sociedad¹⁹.

ii. Deber de diligencia. El deber de diligencia o cuidado se refiere a la obligación de actuar con la diligencia del buen hombre de negocios—no del mero padre de familia—, poniendo el directivo todo su conocimiento habilidad en la ejecución de los negocios sociales, por medio del trabajo constante. A esto se suma no solo la pericia en la toma de decisiones—la cual, valga decir, ha de ser razonable—sino también el deber de informarse suficientemente antes de tomar las decisiones²⁰.

Sin perjuicio de ello, el deber de diligencia no puede ser interpretado en forma extensiva; es decir, no puede ser óbice para que, so pretexto de recuperar su inversión ante escenarios económicos desfavorables, los socios decidan que las utilidades se reparten entre ellos mientras que las pérdidas se repiten contra el administrador.

Restrepo, 7 de julio del 2021).

- 16 Parámetro que modifica el estándar tradicional de la diligencia general y permite hacer un juicio culpabilístico con parámetros profesionales. Sobre la legislación anterior sobre la materia ver: CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: Enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado - Universidad de los Andes* 1 (1986): 123–44, https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri46.pdf.
- 17 MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUBERTO, *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*, Segunda Ed. Bogotá. Legis Editores. 2014. p.187 y ss.
- 18 CASTRO DE CIFUENTES, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: Enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”, 128.
- 19 PALONÍA TELLO, NICOLÁS, “Responsabilidad Por Violación De La Buena Fe En La Sociedad Por Acciones Simplificada”, *Revista De Derecho Privado* 1, Núm. 23 (2012): 320. Cfr. MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUBERTO, *Cátedra de Derecho Bancario colombiano*, Primera Ed. Bogotá. Legis Editores. 2000. p.188.
- 20 BERNAL, SABOGAL, “La relación administrador-sociedad”.

Una interpretación restrictiva del deber de diligencia evita el escudriñamiento de las decisiones económicas en sede jurisdiccional—realizada por jueces que, por regla general, no conocen del día a día de los negocios desde una perspectiva empresarial—, por un lado, y por el otro promueve que los gerentes de las sociedades puedan tomar decisiones con riesgos razonables, lo cual es beneficioso no únicamente a la empresa sino también al mercado²¹. Es decir que, si a pesar de actuar con diligencia y buena fe, las decisiones del administrador no producen buenos resultados, las pérdidas deberán ser asumidas por la sociedad, no por éste.

iii. Deber de buena fe. El deber de buena fe, como señala Martínez Neira, es aplicable a todo acto jurídico y, por tanto, es plenamente predicable de los administradores²². A pesar de su difícil conceptualización, siguiendo a Arturo Solarte Rodríguez podemos afirmar que “[este] descansa en la consideración de que la convivencia social se conseguirá cuando la confianza que se deben dispensar las partes en una relación no será defraudada sino, por el contrario, confirmada”²³. Por último, cabe anotar que este deber se encuentra inescindiblemente unido al deber de lealtad, puesto que, cuando una persona sabe que contraviene los intereses del dador de confianza, necesariamente actúa contrariando el principio constitucional de la buena fe.

21 Sobre un estudio pormenorizado del asunto ver: SUESCÓN DE ROA, FELIPE, “The Business Judgment Rule En Los Estados Unidos: Una Regla Con Dimensión Procesal Y Fuerza Sustantiva”, *Vniversitas* 127 (2013): 358.

22 MARTÍNEZ NEIRA, *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*.

23 SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Vniversitas* 53, núm. 108 (2004): 281–315. Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Séptima Ed. Bogotá. Editorial Temis. 2005.

De igual forma, ver la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que: Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende conseguir algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre. En: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo. Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001. Ref. Expediente No. 614

2.2. *Business Judgment Rule* como herramienta hermenéutica de cara a analizar el comportamiento de los administradores

La regla de discrecionalidad, conocida en inglés como *Business Judgment Rule* (en adelante BJR), es una pauta de conducta desarrollada en el seno del derecho societario que sin duda será relevante al momento de darle aplicación al tipo penal objeto de estudio en el presente artículo de investigación.

Si bien no es la única doctrina con que cuenta el operador judicial al momento de decidir sobre la responsabilidad patrimonial de un administrador—por ejemplo, en sede criminal el ordenamiento estadounidense cuenta con doctrinas complementarias como la «doctrina del conocimiento colectivo» (*Collective Knowledge Doctrine*) y la «doctrina del oficial corporativo responsable» (*Responsible Corporate Officer*)—²⁴,

24 Sin duda alguna la segunda doctrina, del oficial corporativo responsable, es bastante popular. Fundada en la decisión *United States v. Dotterweich* (1943) pero desarrollada principalmente en *United States v. Park* (1975)—al punto en que muchos doctrinantes la denominan la doctrina Park—la teoría del oficial corporativo responsable sostiene que, en temas sanitarios (competencia de la U.S. Food and Drug Administration (FDA) un administrador podrá ser perseguido—tanto patrimonial como penalmente—cuando, a pesar de no ser directamente consciente del actuar delictivo de subordinados, tenía la autoridad para prevenir el delito y no lo hizo por negligencia. Cfr. LERNER, CRAIG S, “The Trial of Joseph Dotterweich: The Origins of the ‘Responsible Corporate Officer’ Doctrine”, *Criminal Law and Philosophy* 12, núm. 3 (el 1 de septiembre de 2018): 493–512, <https://doi.org/10.1007/s11572-017-9439-4>; Amy J. Sepinwall, “Crossing the Fault Line in Corporate Criminal Law”, *SSRN Electronic Journal* 40 (2014): 439–82, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2513445>; NWAFOR, ANTHONY O, “Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis”, *Journal of African Law* 57, núm. 01 (el 1 de abril de 2013): 81–107, <https://doi.org/10.1017/S0021855312000162>. in some indefinite way, able to prevent the violation. Applying this doctrine, the prosecution of Dotterweich entailed strict liability for a strict liability offense. The underlying offenses—the interstate sale of one misbranded and adulterated drug and one misbranded drug—were said to be strict liability offenses. And then, with respect to Dotterweich as the corporation’s general manager, the government argued that he was strictly liable because he stood in “responsible relation” to the company’s acts. The government never tried to prove that the company, Buffalo Pharmacal, was negligent, nor did it try to prove that Dotterweich was negligent in his supervision of the employees of Buffalo Pharmacal. The prosecutor and judge were candid about this theory throughout the trial, although the judge conceded that it seemed bizarre and unfair. The defense lawyer repeatedly sought to inject what became known throughout the trial as the “question of good faith,” but was circumvented at almost every turn. What would thus seem to be the crux of any criminal trial—the personal fault of the defendant— was carefully shorn from the jury’s consideration. The government’s theory was so at odds with intuitive notions of liability and blame that, as one probes into the case, and looks at the language used in the government’s appellate briefs, imputations of moral fault inevitably crept in. Yet the government was not entitled to make such accusations, as it had pruned moral considerations from the trial. The article argues that the responsible corporate officer doctrine can never enjoy a secure place in our legal system. First, the doctrine is at a minimum in tension with, and often in direct opposition to, basic principles of the criminal law; and second, the doctrine fails, when followed to its logical conclusions, to accord with basic notions of fair play. The article concludes that the responsible corporate officer doctrine is either unnecessary, in cases in which

desde principios del Siglo XX la BJR ha logrado ser sistematizada de cara a aplicar los ya estudiados deberes fiduciarios que se predicán de los administradores de conformidad con la Ley 222 de 1995²⁵. Partiendo de la aplicación de la mencionada tríada de deberes de los administradores (buena fe, diligencia del buen hombre de negocios y lealtad) la jurisprudencia—en particular aquella proferida por las Corte de Cancillería y la Suprema Corte del Estado de Delaware—ha señalado que la BJR supone una asunción conforme con la cual los directivos de una compañía actúan informadamente, de buena fe y con la honesta idea de que sus acciones repercuten en el buen desarrollo de la compañía²⁶.

Esta noción produce dos efectos: i) En primer lugar, una consecuencia directa, que implica que vulnerar esta presunción de lealtad y buen juicio comercial, trasgrediendo la precitada triada, puede acarrear la responsabilidad patrimonial del administrador; y ii) en segundo lugar, tenemos una pauta de abstención, conforme con la cual la BJR es una protección al administrador, porque sería indeseable—desde una perspectiva microeconómica (e inclusive macroeconómica a nivel mediato)—que los directivos de una empresa actúen sin asumir riesgos, temiendo que sus decisiones vayan a ser posteriormente escudriñadas por los jueces. BAINBRIDGE (2004) lo sintetiza así²⁷:

the evidence establishes personal fault, or unjust, in cases in which it creates liability in the absence of personal fault through the unspecified notion of “responsibility.” The Dotterweich case illustrates what is contemplated by the latter possibility, and why it is proble...”, “author”: {“dropping-part icle”: “”, “family”: “Lerner”, “given”: “Craig S.”, “non-dropping-particle”: “”, “parse-names”: false, “suffi x”: “”}, “container-title”: “Criminal Law and Philosophy”, “id”: “ITEM-1”, “issue”: “3”, “issued”: {“date-parts”: [“2018”, “9”, “11”]}, “page”: “493-512”, “publisher”: “Springer Netherlands”, “title”: “The Trial of Joseph Dotterweich: The Origins of the “Responsible Corporate Officer” Doctrine”, “type”: “article-jou rnal”, “volume”: “12”, “uris”: {“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=39a60ca4-e592-47d2-be80-efc86568750d”}}, {“id”: “ITEM-2”, “itemData”: {“DOI”: “10.2139/ssrn.2513445”, “abstract”: “The article offers information the significant need, purpose and scope of doctrines of strict and vicarious criminal liability such as the Responsible Corporate Officer (RCO Ver: Supreme Court of Delaware Feb 22, 1927 40 A. 264 (Del. 1927 Bodell v. General Gas Electric Corporation.; Supreme Court of Delaware. Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 2000 Del. LEXIS 51 (Del. Feb. 9, 2000) y U.S. Supreme Court. United States v. Dotterweich, 320 U.S. 277 (1943)

25 Colombia. Ley 222 de 1995 “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.” Publicada en el Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995.

26 BAINBRIDGE, STEPHEN, “The business judgment rule as abstention doctrine”, *Vanderbilt Law Review* 57, núm. 1 (2004): 81–130, <https://doi.org/10.2139/ssrn.429260>. p. 89.; Suescún De Roa, “The business judgment rule en los Estados Unidos: Una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, 2013.

27 Traducción libre hecha el autor. Texto original: *Alternatively, however, the business judgment rule can be seen as an abstention doctrine. In this conception, the rule’s presumption of good faith does not*

[...] sin embargo, la regla del criterio comercial puede ser vista como una doctrina de abstención. En esta concepción, la presunción de buena fe de la regla no establece un estándar de responsabilidad, sino que establece una presunción contra la revisión judicial de las demandas por deber de cuidado. Por lo tanto, el tribunal se abstiene de examinar los méritos sustantivos de la conducta de los directores a menos que el demandante pueda refutar la presunción de buena fe de la regla de criterio comercial.

Resultado de este parámetro es que la BJR prevé tres niveles de valoración: En primer lugar, ocasionar perjuicios a la sociedad es premisa de responsabilidad mas no motivo suficiente para la producción de esta; en segundo lugar, hay que acreditar, por lo menos, el actuar extralimitado por parte del administrador y; por último, siempre cobijará al administrador una presunción de buena fe²⁸. Únicamente cuando esta presunción de buena fe sea desvirtuada podrá cuestionarse la decisión del director y determinar con qué tanta diligencia—conforme al parámetro del buen hombre de negocios—este actuó. Por consiguiente, como en todo proceso de responsabilidad civil, si bien la prueba del perjuicio es premisa necesaria para inclusive hablar de responsabilidad, que este perjuicio ocurra, o que logre probarse el mero mal manejo del conflicto de interés, no implica que el sistema de responsabilidad patrimonial opere de facto²⁹.

2.3. Manejo de los conflictos de interés.

Estas consideraciones sobre la BJR han permitido que el legislador colombiano haya consagrado—principalmente—dos instituciones extrapenales con que cuentan los accionistas de una sociedad para proteger el patrimonio de esta ante el actuar desleal del administrador: i) los conflictos de interés y ii) la acción social

state a standard of liability but rather establishes a presumption against judicial review of duty of care claims. The court therefore abstains from reviewing the substantive merits of the directors' conduct unless the plaintiff can rebut the business judgment rule's presumption of good faith. En: Bainbridge, “The business judgment rule as abstention doctrine”. Cfr. Supreme Court of Delaware. Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244, 2000 Del. LEXIS 51 (Del. Feb. 9, 2000)

- 28 Sobre este tercer requisito, ver: GÓMEZ ALEJANDRO, MIRANDA PAULA Y SANTACRUZ MARÍA PAULINA, “Business Judgment Rule: Origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Universitas Estudiantes*, núm. 19 (2019): 39–56, <http://hdl.handle.net/10554/43790>.
- 29 SUESCÚN DE ROA, FELIPE, “The business judgment rule en los Estados Unidos: Una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, *Vniversitas* 127 (2013): 341–71, <https://doi.org/10.1144/Javeriana.VJ127.bjre>; LAGUADO GIRALDO, CARLOS ANDRÉS, “Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: An Empirical Study of the US, UK, Australia and the EU”, *Vniversitas*. 111 (2006): 115–66.

de responsabilidad. La segunda es particularmente relevante de cara al delito de administración desleal.

Establece el numeral séptimo del artículo 23 de la Ley 222, como un deber de los administradores, el abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona cuando exista conflicto de interés, salvo autorización del máximo órgano de la sociedad; sin explicar esta disposición u otras en el ordenamiento jurídico qué es un conflicto de interés o cuáles son las consecuencias³⁰. En consecuencia, cuando se inobserve este deber, prevé el ordenamiento nacional la sanción de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores, prevista por el artículo 233 de la Ley 222 y reglamentado por el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009³¹.

A falta de mayor regulación legal, el régimen sobre los conflictos de interés, tanto sus premisas de aplicación como sus consecuencias, se han visto resueltos por la vía jurisprudencial y doctrinaria. A hoy día, la decisión que a nuestro criterio tiene mayor trascendencia en materia de conflictos de interés es *Sucesores de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. En liquidación*, por lo que procederemos a reseñar sucintamente el régimen con base en dicha providencia³². Conforme con esta decisión:

30 Artículo 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.

(...)

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.

31 Señalan las disipaciones que: Artículo 233. Remisión al proceso verbal sumario. Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario. (...)

Decreto 1925 de 2009. Artículo 5°. El proceso judicial para obtener **la declaratoria de nulidad absoluta de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995**, se adelantará mediante el proceso legalmente establecido, de conformidad con el artículo 233 de la Ley 222 de 1995; sin perjuicio de otros mecanismos de solución de conflictos establecidos en los estatutos. Salvo los derechos de terceros que hayan obrado de buena fe, declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior, lo que podría incluir, entre otros, el reintegro de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta sancionada, sin perjuicio de las acciones de impugnación de las decisiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 y siguientes del Código de Comercio.

Mediante este mismo trámite, el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios. El juez competente, según lo establecido en la ley, podrá sancionar a los administradores con multas y/o con la inhabilidad para ejercer el comercio, sin perjuicio de la responsabilidad penal que dicha conducta pudiese generar. (Se destaca)

32 Superintendencia de Sociedades de Colombia. Delegatura para Procedimientos Mercantiles.

Las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la **denominada regla de la discrecionalidad (*'business judgment rule'*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios.** Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones. De no existir esta regla, los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión riesgosa beneficiaría principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador.

[...]

En Colombia, ante la carencia de una definición legal que permita identificar el surgimiento de un conflicto de interés, se ha intentado, por diversos medios, llenar este vacío. Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en la Circular Externa No. 100-006 del 25 de marzo de 2008, en la cual la Superintendencia de Sociedades, por vía administrativa, formula algunas precisiones acerca de la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222. Según el criterio de la entidad, **'existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquél o de un tercero'**. En la Circular Externa citada se dice, además, que 'los administradores incurren en [...] conflicto de interés por interpuesta persona cuando además de los requisitos expuestos previamente, la compañía celebra operaciones con alguna de las siguientes personas: a) El cónyuge o compañero permanente del administrador, o las personas con análoga relación de afectividad; b) los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del mismo; c) los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo; d) los socios del administrador, en compañías que no tengan la calidad de emisores de valores, o en aquellas sociedades en las cuales dada su dimensión, el administrador conozca la identidad de sus consocios (...). (Se destaca).

2.4. Acción social de responsabilidad: La responsabilidad patrimonial

de los administradores frente a la sociedad.

Sobre la responsabilidad patrimonial de los administradores, el artículo 25 de la Ley 222 introdujo al ordenamiento nacional la figura de la acción social de responsabilidad³³. La misma consiste en³⁴:

[El ejercicio del] derecho público subjetivo que tiene todo sujeto para acudir a los órganos jurisdiccionales con el fin de reclamar la satisfacción de una pretensión mediante un proceso. Dicha pretensión es de condena y consiste en la declaración por parte del juez de la responsabilidad patrimonial de los administradores para obtener la reparación de los perjuicios que por dolo o culpa el o los administradores ocasionen a la sociedad.

Así, cuando el administrador de una sociedad en Colombia cause perjuicios vulnerando los deberes de lealtad, buena fe y diligencia de buen hombre de los negocios—por tanto, excediéndose o abusando de sus funciones—, deberá responder patrimonialmente el administrador ante esta³⁵.

2.5. La alternativa administrativa y laboral.

El ordenamiento jurídico nacional también cuenta con mecanismos administrativos, en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, encaminados a supervisar el actuar de los administradores. Bajo las facultades de control, otorgadas por medio los artículos 85 y 86 de la Ley 222 a la Superintendencia de Sociedades y las cuales se añan a los deberes previstos por el Código de

33 Prevé la norma que: Artículo 25: La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada, aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador. Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

34 Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000005 DE 2017. Publicada en el Diario Oficial 50.426 del 23 de noviembre de 2017.

35 Sobre la sentencia Gyptec ver: Superintendencia de Sociedades de Colombia. Rád. 2014-801-50 (S.D. José Miguel Mendoza).

Comercio colombiano, esta entidad se encuentra legitimada para :

Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones del máximo órgano social o junta directiva, o que deterioren la prenda común de los acreedores u ordenar la suspensión de los mismos³⁶.

Con base en dicha prerrogativa esta entidad ha proferido importantes resoluciones, como la Resolución No. 302-003934 del 26 de octubre de 2017³⁷.

Por último, no hay que olvidar que, además de las competencias comerciales del administrador, éste puede (y suele) estar vinculado por medio de un contrato de trabajo, por lo que las facultades disciplinarias propias de dicho régimen también son un control interno con que cuentan las compañías para manejar los potenciales conflictos de interés que generen inconvenientes en el desarrollo de la sociedad³⁸.

3. El delito de administración desleal en Colombia.

Es preciso aclarar no es propósito de este acápite tratar la responsabilidad penal del administrador de hecho o de derecho bajo la fórmula del actuar por otro prevista por el inciso tercero del artículo 29 y el inciso cuarto del artículo 402 del Código Penal³⁹. Es decir, no es objeto del siguiente estudio el supuesto del “delito cometido por la sociedad”—usando las comillas porque a hoy día no existe en el ámbito nacional la responsabilidad penal de las personas jurídicas—. El propósito es estudiar la administración desleal, como delito autónomo, cometido en contra de la sociedad (y sus accionistas, por la forma en la que está redactado el tipo penal).

3.1. Introducción al tipo penal.

Si bien el tipo penal se encuentra matizado de acuerdo con cada tradición jurídica, encontramos que la descripción aportada por SCHÜNEMANN, respecto al injusto de administración desleal en el derecho alemán, es bastante útil, pues denota

36 Artículo 85, numeral 5 de la Ley 222.

37 Disponible en: Superintendencia de Sociedades de Colombia, *Pronunciamientos Administrativos*, ed. Andrés Alfonso Parías Garzón, Bogotá (Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2018).

38 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. C-593 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub),

39 Sobre dicho particular: SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, “La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 25, núm. 75 (2004): 171–95; SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO, *Autoría*, Tercera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007).

generalidad conceptual. Este autor entiende que el delito de administración desleal consiste en:

...la lesión dolosa del patrimonio ajeno desde dentro hacia fuera ya sea mediante la utilización ilícita—antijurídica—de una posición de poder jurídico-contractual, ya sea mediante una utilización contraria al fin de un dominio de custodia de lo ajeno que haya sido confiado⁴⁰.

El componente «de dentro hacia afuera», como se verá, es la esencia de la corrupción y traición a la confianza, por lo que hacemos hincapié en el mismo.

En Colombia, siguiendo a CASTRO CUENCA y OSPINA PERDOMO, puede afirmarse que el delito de administración desleal “se comete por el administrador, directivo o socio de una sociedad que disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando un perjuicio a sus socios”⁴¹. Esa sucinta descripción logra entenderse y aplicarse de mejor manera si identificamos los orígenes y la finalidad del tipo penal en el ordenamiento jurídico nacional.

40 SCHÜNEMANN, BERND, “¿Infracción grave al deber” en la administración desleal?”, en *La administración desleal de los órganos societarios*, ed. Carlos Gómez-Jara Díez, Primera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010, 83–98. p.86.

41 CUENCA CASTRO Y PERDOMO OSPINA, *Derecho penal societario*, p. 114.

3.2. Antecedentes extranjeros de la incorporación normativa.

Conforme con Andrade Castro, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción—incorporada a nivel nacional por medio de la Ley 970 de 2005— fue pionera en señalar la necesidad de tipificar actos de corrupción en el sector privado y, por tanto, es un claro antecedente de delitos relacionados con la corrupción en el ámbito privado⁴². Cumpliendo con esta obligación y por iniciativa del Ejecutivo—en particular el Ministerio del Interior y de Justicia—fue radicado en el Congreso de la República el Proyecto de Ley Número 142 de 2010, *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*⁴³. Con ponencia del Senador Enríquez Rosero, se expuso que este delito era trascendental, puesto que busca combatir eficientemente la corrupción privada en el ámbito nacional:

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.

Como se desprende de la motivación, a través del tipo penal se busca combatir la corrupción en el ámbito privado, posiblemente porque para que Colombia accediese a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico—OCDE—, era necesario que nuestro país fortaleciera los mecanismos con que contaba el Estatuto anticorrupción del año 1995. En dicho sentido, concatenado con la implementación de la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en

42 ANDRADE CASTRO, JASON ALEXANDER, “Aproximación A Los Nuevos Tipos Penales Para Combatir La Corrupción (Ley 1474 De 2011)”, En *XXXIV Jornadas Internacionales De Derecho Penal: Retos Del Derecho Penal Contemporáneo: Corrupción Y Seguridad Ciudadana*. Bogotá. Universidad Externado De Colombia. 2012. p. 9.

43 Ver Gaceta 607 del 7 de septiembre del 2010 y Gaceta 1002 del 2010 del Congreso de la República de Colombia.

Transacciones Comerciales Internacionales (Convención Anticohecho), la OCDE recomendó enfáticamente a Colombia crear iniciativas para crear conciencia y prevenir en el sector privado el fenómeno de la corrupción⁴⁴.

Ahora bien, el delito de administración desleal, introducido en el 2011 al ordenamiento nacional por el legislador colombiano, tiene claros antecedentes españoles de manera inmediata y germanos de forma mediata. En España, con la expedición del Código Penal de 1995, se introdujo al ordenamiento ibérico el tipo penal de administración desleal, delito sobre el cual se generaron no pocas confusiones y debates encaminados a diferenciarlo del ya conocido delito de apropiación indebida⁴⁵—al punto que en 2015 hubo una reforma, influenciada por el derecho germánico [alemán, austríaco y suizo], la cual tuvo como claro propósito aclarar los elementos del tipo penal y asemejarlo al delito de infidelidad alemán⁴⁶. Actualmente, consagrado en el artículo 252 del Código Penal español, situado en el capítulo de las defraudaciones, el delito deja de circunscribirse al ámbito societario y se amplía su aplicación a *toda persona* que administra un patrimonio ajeno, bien sea por autoridad [tesis institucionalista] o por negocio jurídico [tesis contractualista]⁴⁷,

44 GONZÁLES CORTÉS, JACOBO, “El acto que marca la modalidad tentada de la administración desleal”, Mauricio Pava Lugo Abogados, 2018, <https://mpapenalcorporativo.com/2018/12/03/el-acto-que-marca-la-modalidad-tentada-de-la-administracion-desleal/>.

45 Al ser ambas disposiciones consideradas como delitos de resultado, la generalidad de la apropiación indebida frente a los aspectos particulares del tipo de administración desleal—sujeto activo calificado, el verbo rector de disponer fraudulentamente junto con su dificultad hermenéutica, el requisito de abusar de las funciones propias de su cargo y la determinación de las mismas, entre otros—hizo que la doctrina concluyera, mayoritariamente, que el tipo penal de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal español fuese una norma subsidiaria. Esta subsidiariedad carecía de fundamento teórico sólido y resultaba ciertamente inidóneo que siempre tuviese el operador judicial que acudir a criterios de especialidad por falta de claridad legislativa. Por ello, hoy en día y bajo la reforma introducida en el 2015, con las críticas que le son propias, el panorama resulta ser más claro. Ver. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. “Administración desleal y apropiación indebida”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (2001): 126–43. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6264>; ROSO CAÑADILLAS RAQUEL Y LUZÓN PEÑA DIEGO-MANUEL, “La administración desleal societaria en el derecho penal español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2010): 3–37. p.28. Gracias a la revisión doctrinaria de estos autores podemos concluir que, a favor de la subsidiariedad: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *El Delito Societario De Administración Desleal*. Editorial Tirant Lo Blanch. 2001; RODRÍGUEZ MONTÁÑEZ, TERESA, *La Responsabilidad Penal Del Administrador Desleal y Los Nuevos Delitos Societarios*. Mcgraw-Hill Interamericana De España. 1997.

46 GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, “¿Delito de administración desleal por exigir a la sociedad filial el pago de un préstamo que pone en peligro su existencia?”, *Análisis GA&P*, 2014, 1–3. p. 2. Cfr. VERA RIVERA, “El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva”. p. 134.

47 Si bien el Código Penal contempla dos premisas de hecho, bajo una amplia doctrina societaria, al

así:

Artículo 252. 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 (...)

En ese sentido, el tipo penal de administración desleal español ha evolucionado de forma tal que la víctima no necesariamente es una sociedad comercial sino cualquier persona que haya encomendado la administración de su patrimonio a un tercero⁴⁸. Reiteramos, esta ampliación del tipo penal, que como se expondrá a continuación no ha ocurrido en Colombia, parece tener como antecedente cierto la discusión político criminal germana. En Alemania, prevé el delito de Infidelidad consagrado por el artículo 266 del Código Penal que⁴⁹:

menos en el ámbito colombiano, la segunda hipótesis—el negocio jurídico—podría ser suficiente. En efecto, MARTÍNEZ NEIRA, en postura acogida ampliamente por la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, defiende que todo el derecho societario ha de ser estudiado desde la perspectiva contractual. Ver: MARTÍNEZ NEIRA, *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*.

48 VERA RIVERA, “El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva”. p.196.

49 En: Alemania. Código Penal en la versión promulgada el 13 de noviembre de 1998, Boletín Oficial Federal [Bundesgesetzblatt] I p. 3322, modificado en último lugar por el artículo 1 de la Ley de 24 de septiembre de 2013, Boletín Oficial Federal I p. 3671 y con el texto del artículo 6, apartado 18, de la Ley de 10 de octubre de 2013, Boletín Oficial Federal I p 3799.

Traducción libre. Afirma el texto original que: *Strafgesetzbuch* (StGB). § 266 Untreue. (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.

Si bien la diferencia no salta a la vista al leer el tipo penal, la doctrina y la jurisprudencia han venido hilando fino sobre el particular, encontrando que se hallan previstos por el tipo penal dos alternativas de comisión: una por abuso (Missbrauchsalternative)—la cual supone abusar de la facultad de disponer sobre patrimonio ajeno u obligar a otro—y otra por infidelidad (Treubruchsalternative)—la cual supone que el administrador actúa infringiendo el deber de salvaguarda del patrimonio ajeno—. En la primera alternativa el agente actúa por fuera de sus competencias; en la segunda, actúa dentro de sus competencias formales más abusando de las mismas. Sin embargo, en ambas, como consecuencia de la aplicación de la denominada «teoría monista estricta», actúa inobservando el deber de lealtad. No obstante, consideramos, siguiendo a SCHÜNEMANN, que este refinamiento dogmático carece de significación político criminal, al menos en el estudio que nos ocupa. Ver: HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, *Revista de*

Artículo 266 Infidelidad. El que abuse de la autoridad que le ha sido conferida por ley, orden oficial o transacción legal para disponer de bienes de terceros u obligar legalmente a otra parte, o que viole la obligación que le incumbe por ley, orden oficial, transacción legal o relación fiduciaria de velar por los intereses patrimoniales de terceros y que por ello cause desventajas a la parte cuyos intereses patrimoniales debe velar, será castigado con una pena de prisión de hasta cinco (5) años o con una multa (...)

Nótese cómo el delito no se circunscribe al ámbito societario—aspecto que fue replicado, no copiado, por el legislador español del 2015, que amplió la aplicación del tipo penal a quien administre cualquier patrimonio ajeno—⁵⁰. En ese sentido, en el ámbito alemán, no se cuenta con un sujeto activo calificado, sino que únicamente se requiere que al mismo se le haya dotado de una determinada autoridad, de la cual se deriven determinadas obligaciones, conforme con las fuentes que éstas poseen⁵¹.

Una usual crítica que se le ha realizado a esta redacción es que, dada la amplitud del tipo, la misma puede resultar excesiva en un ámbito penal, puesto que inclusive el asumir riesgo extraordinario—aun cuando no se actúe dolosamente—puede devenir en responsabilidad penal⁵². También hay que resaltar que este tipo cuenta con relevantes elementos normativos, cuyo alcance se ha convertido verdaderamente en un campo de batalla en el escenario alemán, estos son: que el agente i) infrinja gravemente el deber—sin que se especifique claramente cuál este deber o su alcance, aunque es posible deducir que se habla de los ya estudiados deberes fiduciarios del administrador—y ii) que produzca un perjuicio patrimonial⁵³.

Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (2005): 201–58. Y BERND SCHÜNEMANN, “La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann”, en *La administración desleal de los órganos societarios*, ed. Carlos Gómez-Jara Díez, Primera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010, 17–82. p. 21.

- 50 GÓMEZ BENÍTEZ, “¿Delito de administración desleal por exigir a la sociedad filial el pago de un préstamo que pone en peligro su existencia?”
- 51 Respecto de las fuentes de obligaciones en el derecho colombiano, ver: OSPINA FERNÁNDEZ, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*; Ramón Eduardo Madrián de la Torre y Yolima Prada Márquez, *Principios de derecho comercial*, 11 Edición (Bogotá: Editorial Temis - Pontificia Universidad Javeriana, 2013).
- 52 Cfr. PIERRE-HENRI CONAC, ENRIQUES LUCA Y GELTER MARTIN, “Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”, *European Company and Financial Law Review* 4, núm. 4 (el 1 de enero de 2007), <https://doi.org/10.1515/ECFR.2007.025>.
- 53 SCHÜNEMANN, “¿Infracción grave al deber” en la administración desleal?”; Schünemann, “La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann”; Fabio Orlando Ballesteros Correa, “Summary for Policymakers”, en *Climate Change 2013 - The Physical Science Basis*, ed. Intergovernmental Panel on Climate Change (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 1–30,

A estos dos requisitos cierta parte de la doctrina ha considerado que también es necesario acreditar un tercer elemento, este es, iii) el beneficio ilegítimo al agente que actúa en contravención a los intereses de la empresa—pero sobre este tercer elemento no hay consensualidad—⁵⁴.

Nótese cómo en los ordenamientos que indudablemente inspiraron la redacción e incorporación del tipo penal de administración desleal hay referencia directa o indirecta a los deberes fiduciarios del administrador. Sin estos no hay posibilidad de determinar cuándo se actúa en abuso de sus funciones y cuándo simplemente se obra con cierto riesgo de negocio (el cual difícilmente puede ser calificado). En ese sentido, puede decirse que la aplicación del tipo penal dependerá siempre de una remisión a las normas comerciales de cada país, que establecen estándares de conducta que son social y legislativamente aceptados... más cuando el derecho penal es, en principio, a las dinámicas jurídicas de los negocios comerciales.

3.3. Análisis y notas sobre los elementos del tipo penal de administración desleal en el ordenamiento jurídico colombiano.

Prevé actualmente el tipo penal de administración desleal, tipificado por el artículo 250B del Código Penal colombiano, que:

Artículo 250B. 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 prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Previos los comentarios sobre el mismo, vale la pena hacer un desglose gramatical del delito:

<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>. p. 201.

54 Este tercer elemento es defendido por: PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL, *Criminal Liability of Political Decision-Makers*, ed. Frank Zimmermann, *Criminal Liability of Political Decision-Makers*. Cham: Springer International Publishing. 2017, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-52051-3>.

ELEMENTOS DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL	
Sujeto Activo	El administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación
	El socio de cualquier sociedad constituida o en formación
	El director, empleado o asesor de cualquier sociedad constituida o en formación
Sujeto Pasivo	La sociedad constituida o en formación
Verbos rectores	Disponer
	Contraer
Objeto Material	Los bienes de la sociedad que han sido dispuestos
	Las obligaciones contraídas a cargo de la sociedad
Objeto Jurídico	El patrimonio económico
Ingredientes Normativos	En beneficio propio o de un tercer
	Con abuso de las funciones propias del cargo
Tipicidad Subjetiva	Es un delito doloso (Art. 21 Código Penal)

Tabla 1: Tomada de Tipologías de Corrupción en Colombia⁵⁵

i. Tipo objetivo. Quien realiza la conducta delictiva es sujeto activo calificado, a saber, el administrador (de hecho, o de derecho), socio, director, empleado o asesor de una sociedad. Esta es por tanto la primera remisión obligatoria a las disposiciones comerciales y actos de nombramiento contenidos en los libros sociales—también en los registros mercantiles—, con el propósito de identificar si se cuentan con las calidades citadas por el tipo penal⁵⁶.

Sin embargo, hay que tener presente, especialmente hoy día que la mayoría de las sociedades son del tipo de las Sociedades por Acciones Simplificadas—SAS, la

55 Fiscalía General de la Nación y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Tipologías de Corrupción en Colombia. Fiscales unidos por la Transparencia y la Integridad*, Tomo 8. Bogotá. Fiscalía General de la Nación. 2018.

56 Sobre un análisis sistemático y práctico de aplicación del delito ver, por ejemplo, en el caso Interbolsa en Colombia, la condena proferida por el: Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. Sentencia 2014-0289 (N.I. 212.797) (J. Álvaro Laureano Gómez Luna, 21 de agosto de 2015), fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

figura del administrador de hecho. Introducida al ordenamiento nacional por virtud del párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008⁵⁷:

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.** (Negrilla añadida).

Por disposición expresa el administrador de hecho cumple con las cualidades subjetivas necesarias para ser considerado autor y no mero interviniente del delito de administración. Sin embargo, es muy importante reseñar que esta figura es introducida por la Ley 1258 de 2008 y, por tanto, únicamente es aplicable a las Sociedades por Acciones Simplificadas [en adelante SAS], al menos en materia penal. En ese sentido, no puede aplicarse respecto de sociedades anónimas, limitadas, en comandita o colectivas, pues violaría el principio de legalidad, previsto por los artículos 29 de la Constitución Política Nacional y 6 del Código Penal.

Como ha indicado la doctrina especializada, puede ser sujeto activo de este delito entonces:

- 1) El administrador de la sociedad. Dentro de esta categoría, siguiendo en su mayoría a CASTRO CUENCA y OSPINA PERDOMO—salvo en lo relativo al promotor—, deben incluirse no solo el representante legal, sino también los siguientes⁵⁸:
 - a. El representante legal;
 - b. El liquidador;
 - c. El factor que administra un establecimiento comercial por medio de un contrato de preposición;
 - d. Los miembros de las juntas o consejos directivos—consideramos que acá pueden ser incluidos también los miembros de los consejos de fundadores o cualquier otro órgano directivo de la sociedad creado en las SAS por

57 Artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

58 CASTRO CUENCA Y OSPINA PERDOMO, *Derecho penal societario*, p. 116 y ss.

- virtud del amplio margen de configuración estatutaria—⁵⁹; y
- e. El administrador de hecho.
 - 2) Cualquier socio o accionista de la sociedad.
 - 3) Los directivos de la sociedad, aun cuando no detenten la calidad de administradores.
 - 4) Los empleados.
 - 5) Los asesores.

En la lista falta, necesariamente, el promotor de la sociedad. De conformidad con el artículo 140 del Código de Comercio:

Art. 140.-Son promotores quienes hayan planeado la organización de una empresa y presentado estudios técnicos de su factibilidad. Dichos promotores responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas para constituir la sociedad y si ésta no se perfecciona, carecerán de toda acción contra los presuntos constituyentes.

Y esto es importante, porque hasta que se suscriba el contrato de sociedad las personas llamadas a conformar la misma aun no son socios por virtud del inciso segundo del Artículo 98 del Código de Comercio, el cual supedita la personificación de la sociedad a la celebración del contrato de sociedad y, por tanto, no son sujetos activos del tipo penal. Es decir, la sociedad en formación no puede ser sujeto pasivo del delito porque el legislador obvió la incorporación de los promotores como sujetos pasivos del delito y, por virtud del principio de estricta legalidad y tipicidad, no podrá hacerse una interpretación extensiva para castigarlos.

Respecto del sujeto pasivo, este es la sociedad que se halla constituida o en formación⁶⁰—lo cual difiere de la redacción actual de los ordenamientos español y alemán, referentes tradicionales para el derecho penal nacional, en el cual el sujeto

59 Ha indicado la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en la ley colombiana (Artículo 22 de la Ley 222 de 1995), que los miembros de junta directiva son verdaderos administradores de la sociedad. En: Oficio 2021-01-076643 del 12 de marzo del 2021.

60 En cuyo caso no puede hablarse propiamente de administrador, **sino de promotor**, haciendo que sea necesario discutir si las dos categorías pueden equipararse para efectos penales en función de una interpretación teleológica del tipo penal, más ciertamente extensiva. Establece el C. de Co.: **Art. 140.**-Son promotores quienes hayan planeado la organización de una empresa y presentados estudios técnicos de su factibilidad. Dichos promotores responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas para constituir la sociedad y si ésta no se perfecciona, carecerán de toda acción contra los presuntos constituyentes.

pasivo es el titular de un patrimonio cualquiera que se administra—. No hay duda en que **no** puede ocurrir el delito al interior de una sociedad patrimonial o conyugal, pero no puede circunscribirse el ámbito de aplicación del tipo de administración desleal a las sociedades comerciales⁶¹. No puede olvidarse que la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha sido pacífica y uniforme respecto de la posibilidad de que las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles—sin que por ello se pierda el elemento de ánimo de lucro esencial del contrato de sociedad⁶²—sean consideradas civiles⁶³. Ya que el Código Penal no las excluye, estas sociedades, descritas por el artículo 100 del Código de Comercio, sí pueden ser sujetos pasivos del delito en cuestión⁶⁴.

En ese sentido advertimos que, siendo el sujeto pasivo del delito la sociedad, no podrá constituirse—por lo menos como regla general—en víctima uno de los accionistas, sino que deberá detentar dicha condición la sociedad como tal. Si el administrador de la sociedad no es autorizado o expresamente se le prohíbe actuar como víctima en el proceso penal, y uno de los accionistas considera ilegítima dicha prohibición, deberá incoar las acciones litigiosas propias para declarar el abuso del ejercicio del derecho a voto o solicitar intervención de la Superintendencia de

61 CALDAS BOTERO, LUISA FERNANDA, “Corrupción privada y administración desleal”, en *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2019.

62 Cfr. Art. 98 del C. de Co. Colombiano.

63 Ha afirmado la Superintendencia de Sociedades que: A más de las consideraciones expuestas en el concepto aludido, es pertinente observar que a pesar de que en el proyecto de Ley 119, que dio lugar a la mencionada Ley 222 de 1995, se presentaron una serie de iniciativas que al decir del profesor Francisco Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades sugerían un sistema en que todas las sociedades serían de naturaleza comercial, el resultado final de esa iniciativa tuvo alteraciones de notable significación (...) La norma inicialmente propuesta sufrió una alteración infortunada propiciada por quienes deseaban mantener una diferenciación por lo menos teórica entre las sociedades civiles y las comerciales. En el texto final aprobado se mantuvo la definición contenida en el artículo 100 del Código de Comercio, en el sentido de que el objeto social determina la naturaleza de la compañía. Así, pues, las sociedades que se dediquen a realizar actos o empresas mercantiles o las que contemplen actividades mixtas, seguirán considerándose compañías comerciales; las otras serán de naturaleza civil. Estas últimas, además están definidas de manera expresa en la ley 222 de 1995, como aquellas “que no contemplen en su objeto actos mercantiles. (...)” En: Superintendencia de Sociedades. OFICIO 220-019985 DE 2018.

64 Prevé el C. de Co. Colombiano que: Art. 100.-Modificado por la Ley 222 de 1995, artículo 1. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. **Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles.** Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil. (Negrilla añadida)

Sociedades, sin que le sea dable abrogarse directamente la calidad de víctima en un eventual proceso penal.

Sin perjuicio de lo anterior, como quiera que la Corte Constitucional de Colombia, por medio de sentencia C-516 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), declaró la inexecutable de la expresión “directo” originalmente contemplada por el artículo 132 del Código de Procedimiento Penal en relación con la calificación de la víctima, un accionista podría demostrar un perjuicio en indirecto en su patrimonio y acreditarse como víctima. No obstante, esa minucia procesal escapa al objeto de estudio de este acápite.

Por último, es pertinente anotar que, bajo esta configuración, puede concluirse razonablemente que el legislador nacional incurrió en un error cuando estipuló como ingrediente normativo la producción de “[...] un perjuicio económicamente evaluable a sus socios”, para que se configure el delito de administración desleal. Porque el sujeto pasivo (que se confunde con el objeto material) es la sociedad y no sus socios, que difícilmente podrán acreditar un perjuicio directo, salvo que se trate de sociedades con pocos socios. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha precisado que⁶⁵:

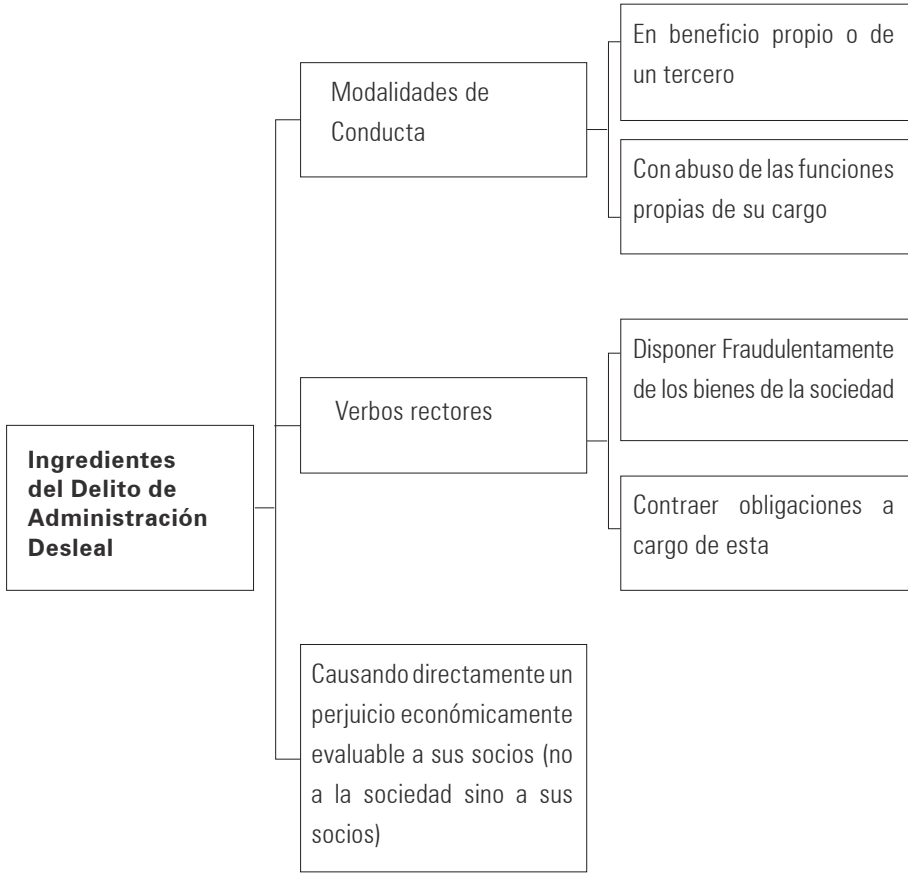
Un análisis reflexivo –se agrega– sugiere que, si el patrimonio de los socios ha sido dañado por cuenta del proceder del sujeto activo de la conducta, ello, de suyo, implica la afectación del patrimonio social, o viceversa. Dicho de otra manera, **no es posible lesionar los patrimonios individualmente 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.

En consecuencia, la valoración del perjuicio ha de hacerse en dos niveles: primero la afectación al patrimonio de la sociedad y, luego sí, la afectación al patrimonio de los accionistas.

ii. Ingredientes Normativos. El administrador puede incurrir en dos verbos rectores—disponer y contraer—con dos premisas valorativas: i) actuando en beneficio propio o de un tercero y (requisito de acumulación por ser una coma conjuntiva) ii) con abuso de las funciones propias de su cargo. En síntesis, el delito puede configurarse en cualquiera de las siguientes modalidades:

Figura 1: Elaboración Propia

65 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3601-2021 (MP Fabio Ospitia Garzón, 18 de agosto del 2021).



Disponer es ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la mera posesión y disfrute, mientras que contrae es asumir una obligación o un compromiso⁶⁶. La facultad de disposición se desprende principalmente del derecho de propiedad, suponiendo un acto de dominio. En este sentido⁶⁷:

Uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad es que el propietario tiene la facultad de disponer libremente de sus bienes, siempre y cuando lo haga dentro de los límites señalados en el artículo 58 antes transcrito. En consecuencia, bien puede éste vender, donar, o realizar cualquier otro acto translaticio de dominio que la ley permita.

66 Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [22 de noviembre del 2020].

67 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-660 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 28 de noviembre de 1996).

Contraer supone lo opuesto, es adjudicar una obligación en cabeza de la sociedad, asumiendo que se cuentan con facultades técnicas para que las obligaciones queden en cabeza de la persona jurídica⁶⁸. Dicha prerrogativa la detenta normalmente el administrador—o gerente—, como consecuencia del artículo 442 Código de Comercio⁶⁹, salvo cuando estamos en el escenario de una sociedad de responsabilidad limitada, donde por mandato del artículo 358 del mismo cuerpo normativo, la representación legal corresponderá a todos los socios. Estas líneas para significar que es necesario revisar las disposiciones comerciales a fin de identificar si se obligó efectivamente a la sociedad o si la actuación puede ser inoponible a esta como consecuencia de la aplicación de la teoría *ultra vires*⁷⁰. Esta doctrina, íntimamente ligada con la noción de objeto social, dispone que⁷¹:

... la noción de objeto social se circunscribe al contenido de la actividad económica organizada que desarrolla la sociedad, por lo que los actos que lleguen a ejecutar deben observarse en relación con aquel, y cualquier extralimitación no sólo viola los estatutos, sino del mismo modo compromete la responsabilidad personal de los administradores que ejecuten actos en *ultra vires* del citado objeto, todo con abstracción al hecho de que los contratos que lleguen a celebrar, compromete exclusivamente a las partes firmantes.

Con todo, al igual que un administrador constantemente dispone de bienes de la sociedad, también contrae obligaciones en nombre de esta, por lo que es de fundamental acreditar que se actúa con abuso de las funciones propias de su cargo—no necesariamente de forma fraudulenta, requisito que únicamente se predica de la enajenación—y en beneficio propio o de un tercero. Solo podrá ser abusiva la conducta, desde un punto de vista jurídico, aquella que vulnere por lo menos uno de los tres deberes fiduciarios de los administradores, siendo el más relevante el deber de lealtad. He ahí la necesaria superposición con el derecho societario que se ha hecho en acápite anteriores y la importancia de acudir a las instituciones que regulan los deberes fiduciarios de los administradores y el conflicto de interés⁷².

68 CALDAS BOTERO, “Corrupción privada y administración desleal”.

69 Art. 442.-Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento.

70 MARTÍNEZ NEIRA, *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*.

71 Superintendencia de Sociedades de Colombia. Concepto 220-39834 del 20 de agosto de 2004.

72 Dicha consideración encuentra sustento en la jurisprudencia española y alemana sobre la materia. Ver: CALDAS BOTERO, “Corrupción privada y administración desleal”, p. 704.

De igual forma, siempre que actúe en beneficio propio o de un tercero actuará abusando de su cargo, puesto que necesariamente incurrirá en un conflicto de interés sancionado por la doctrina societaria y la Ley 222 de 1995. Así, y toda vez que no se puede servir simultáneamente a dos maestros, actuar en criterio contrario a los intereses de la sociedad deriva hace que cualquier actuación sea cometida en abuso de sus funciones, por lo que con la segunda modalidad prevista por el legislador habría bastado.

A modo de conclusión respecto de la conducta jurídicamente relevante, indicamos que—respecto del administrador—siempre que se actúe en beneficio propio o de un tercero se estará actuando con abuso de sus funciones. Esto porque, como se indicó previamente, uno de los deberes legales del administrador es actuar bajo la observancia del deber de lealtad, el cual impone servir a los intereses de la sociedad y abstenerse de actuar en conflicto de interés.

iii. Diferencia con el ámbito meramente societario. Toda vez que el abuso de funciones supone hacer un análisis muy similar al que debe hacer el juez civil en materia societaria, sí existen ciertas diferencias que vale la pena poner de presente. En primera medida cabe advertir que el delito de administración desleal es aplicable a funcionarios que no detentan la calidad de administradores—término que suele asimilarse al de representante legal—, siendo aplicable a personas que, si bien se encuentran al interior de la empresa, lo hacen bajo relaciones de subordinación (trabajadores) o inclusive sujetos ajenos a la dinámica propia de la empresa (socios).

De esta manera, la administración desleal tiene como sujeto activo a casi cualquier miembro de la compañía, haciendo necesario que la autoridad jurisdiccional en sede penal—bien sea la Fiscalía General de la Nación o el Juez de Conocimiento—aplique una interpretación restrictiva de los hechos puestos a su conocimiento, de cara a evitar la injerencia innecesaria del derecho penal en el fuero del derecho mercantil, laboral o administrativo⁷³. No todo conflicto al interior de la compañía debería ser tratado como potencialmente delictivo por virtud de la amplitud del sujeto activo.

Una herramienta muy útil para ello es que únicamente puede incurrir en administración desleal quien tenga facultades para disponer bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de esta, que normalmente no es cualquier socio o

73 Buscando así evitar punir a través del derecho penal: i) conductas insignificantes, ii) la gestión del riesgo negligente, iii) las actuaciones que se encuentren cobijadas bajo el riesgo permitido dentro de los límites razonables y iv) las que se realicen con el consentimiento de los socios. CUENCA CASTRO Y PERDOMO OSPINA, *Derecho penal societario*, p. 125.

trabajador sino un verdadero administrador.

iv. Se trata de un delito eminentemente doloso. Conforme con la teoría general del delito, todo delito es doloso salvo que el legislador prevea expresamente la modalidad culposa o preterintencional⁷⁴. A pesar del dolo dista de estar sistemáticamente decantado, hoy en día podemos afirmar que, bajo los parámetros dogmáticos nacionales, es necesario que el comportamiento sea calificado como doloso cuando se satisfagan los requisitos de conocimiento y voluntad en la concreción de la conducta⁷⁵. De esta forma, a pesar de que algunos autores como Henning promuevan la tipificación culposa con el fin de facilitar la carga probatoria del órgano de persecución⁷⁶, lo cierto es que actualmente el delito únicamente puede ser cometido por quien cognitiva y volitivamente busque su realización⁷⁷.

v. El patrimonio económico como bien jurídicamente tutelado. El bien jurídico protegido es el patrimonio económico, estando en presencia de un delito de lesión, ya que el tipo nos habla de “[causar directamente un perjuicio] *económicamente evaluable a sus socios*”. De esta forma, el denunciante y/o el ente acusador deberá acreditar que se causó un perjuicio económicamente valorable a los socios, lo cual, a nuestra consideración y compartiendo la postura de BERNATE OCHOA, es un error de redacción por parte del legislador⁷⁸. Si bien es premisa necesaria la generación de un daño, el mismo debería predicarse de la sociedad, quien resulta ser la víctima

74 REYES ECHANDÍA, ALFONSO REYES, *Derecho Penal*, 11 Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2017.

75 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamento de Derecho Penal*. Parte general; POSADA MAYA, RICARDO, “El dolo en el Código Penal de 2000”, en *Temas de Derecho Penal*, ed. Ricardo Posada Maya, Primera. Bogotá. Editorial Temis - Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2008. pp. 1–74.

76 HENNING, PETER J, “A New Crime for Corporate Misconduct?”, *SSRN Electronic Journal* 94, núm. 43 (2014), <https://doi.org/10.2139/ssrn.2379586>. the one possibility is to adopt a new crime based on recklessness for executive decisions that result in significant harm. In this essay, I look at how statutes in Germany and the United Kingdom shed light on how a provision can be crafted to hold senior managers responsible for reckless corporate decisions. But the question remains whether such a new law is needed in the wake of the financial crisis, and whether it would deter the type of risk taking expected in a business enterprise seeking a high return on capital.”, “author”: {“dropping-particle”: “”, “family”: “Henning”, “given”: “Peter J.”, “non-dropping-particle”: “”, “parse-names”: false, “suffix”: “”}, “container-title”: “SSRN Electronic Journal”, “id”: “ITEM-1”, “issue”: “43”, “issued”: {“date-parts”: [“2014”]}, “title”: “A New Crime for Corporate Misconduct?”, “type”: “article-journal”, “volume”: “94”, “uris”: [“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=55650cb9-e00d-458f-bef0-2fd103759e13”]}, “mendeley”: {“formattedCitation”: “Peter J. Henning, “A New Crime for Corporate Misconduct?”, <i>SSRN Electronic Journal</i> 94, núm. 43 (2014)

77 POSADA MAYA, “El dolo en el Código Penal de 2000”, p. 43.

78 BERNATE OCHOA, FRANCISCO, “La administración desleal de sociedades como delito”, *Asuntos Legales*, el 21 de octubre de 2013, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/francisco-bernate-ochoa-508016/la-administracion-desleal-de-sociedades-como-delito-2072716>.

principal de la conducta reprochable y el sujeto pasivo del delito, no de los socios. Al momento de discutir la responsabilidad penal por este supuesto deberá, por tanto, hacerse un ejercicio contable que permita entrever que el patrimonio económico del socio se vio afectado siempre atendiendo a los requisitos de la certeza, protección de un interés legítimo y carácter de directo⁷⁹.

4. Conclusiones.

La introducción al ámbito nacional de algunos de los llamados delitos económicos por la Ley 1474 de 2011 es clara evidencia del referido fenómeno de la «expansión del derecho penal»⁸⁰. Si bien esta acepción no es necesariamente negativa, respecto del tipo penal de administración desleal colombiano, esta expansión no necesariamente se dio de manera óptima. La redacción de la norma es sumamente confusa e incorrecta por varias razones: En primera medida establece que podrá incurrir en el delito de administración el socio de cualquier sociedad en formación, peor no se observa que la calidad de socio se adquiere con la suscripción del contrato de sociedad y, en consecuencia, antes de ello únicamente puede hablarse de promotores, quienes no incurrirán en el delito por virtud del principio de tipicidad. En segunda medida, buscando abarcar múltiples sujetos, introduce sujetos activos calificados—como los empleados—que difícilmente pueden desarrollar el verbo rector, salvo que sean administradores. Por último, predica el perjuicio económico de los socios y no de la sociedad, por lo que podría un ávido defensor exigir que para acreditar la tipicidad sea necesario aportar dictamen pericial donde se evidencia que el valor intrínseco de las acciones se vio afectado por el acto desleal u otra maniobra similar, lo cual es sumamente complejo por no decir imposible.

Respecto de su aplicación, este es un tipo penal en blanco, al únicamente incurrir en el mismo el sujeto activo calificado que actúe “con abuso de las funciones propias de su cargo”. Para poder determinar cuándo se actúa con abuso de las funciones propias de su cargo el operador judicial y los demás intervinientes del proceso penal

79 BERNATE OCHOA FRANCISCO Y VIRGÜEZ ÁLVAREZ FELIPE, “Administración Desleal y Corrupción Privada”, en *Manual de derecho penal, tomo I*, Colombia. Bogotá. Editorial Temis - Universidad del Rosario. 2018. pp. 605–41.

80 SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Tercera Ed. Madrid. Editorial Edisofer. 2011; Carrasco Jiménez, Edison, “La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal”, *Derecho Penal Contemporáneo - Legis Colombia*, núm. 54 (2016): 147–94, http://legal.legis.com.co/document.legis?fn=content&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal_0b84a507275046adaa4f3310ceb53481&fnpipelines=DOC_HIGHLIGHTER#bf138866bea31f44a40bc849de9be47d8cf9f9.

deberá remitirse, necesariamente, al régimen laboral aplicable y a la legislación societaria y los deberes fiduciarios del administrador, porque ahí es justamente donde se encuentran consagrados los deberes legales de un administrador. Como previamente se estudió, siempre que un administrador actúe en beneficio propio o de un tercero estará abusando de las funciones de su cargo, porque incumple necesariamente con el deber de lealtad.

Con el propósito de aplicar de manera efectiva el delito junto con las políticas de selectividad de la Fiscalía General de la Nación, esta entidad debe aplicar una interpretación restrictiva del tipo penal, de cara a únicamente encaminar sus esfuerzos a situaciones cuyo desvalor de acción y resultado tenga relevancia jurídico penal.

Tratándose de administradores de hecho o de derecho, en muchos escenarios resulta mucho más eficiente—y en realidad justo—el camino litigioso por vías privadas o la vigilancia administrativa en cabeza de la Superintendencia de Sociedades. Estas vías, que distribuyen los costos de litigio en los particulares y no en la burocracia estatal, se complementan muchas veces por derecho del trabajo y las facultades disciplinarias con que cuenta el empleador cuando se atenta contra los intereses de la compañía.

La falta de claridad sobre lo que constituye un delito y no una mera sanción civil, hace que muchas veces la decisión de perseguir penal o civilmente al administrador que defrauda las expectativas de los accionistas resulta ampliamente arbitraria, siendo el principal factor de decisión la asesoría legal con que cuente la compañía o el Fiscal al que le sea asignado el caso⁸¹. Así mismo, ante la ausencia de líneas

81 Dice MATHEIS sobre este particular “A veces, la decisión de proceder contra un infractor empresarial por la vía penal o por la vía civil o administrativa es en gran medida arbitraria. El hecho de que un caso se convierta en penal y siga siéndolo es a menudo un artefacto de la agencia gubernamental que recibe primero las pruebas de la infracción (Clinard & Yeager 1980). Las denuncias de fraude de valores que van directamente a la Comisión de Valores, por ejemplo, están limitadas por la jurisdicción civil de la Comisión. Las cuestiones sobre si debe haber responsabilidad penal o civil (o ambas) para las infracciones graves de las empresas se unen a otras cuestiones perennes sobre la responsabilidad individual y/o de las entidades (Kraakman 1984, Mueller 1957). Incluso las cuestiones básicas sobre si es importante que las empresas” (Traducción libre hecha por el autor) En: MATTHEIS CLEMENS, “The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization of the World Society”, *Goettingen Journal of International Law GoJIL* 4 (2012): 625–47, <https://doi.org/10.3249/1868-1581-4-2-mattheis>. Cfr. GÜNTHER JAKOBS, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, ed. Eduardo Montealegre Lynett, Primera Ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. 2003. pp. 40–56; MONTORO BALLESTEROS, ALBERTO, “El funcionalismo en el Derecho : Notas sobre N . Luhmann y G . Jakobs”, *Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época* 8 (2007): 365–74; MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO, *Derecho Penal y Sociedad*.

jurisprudenciales claras sobre el delito en las Cortes de cierre hace que sea dable concluir que, a pesar de su constante denuncia e investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, el tipo penal no ha tenido mayor controversia en el escenario nacional. A pesar de ello, es una herramienta político criminal de la más alta relevancia, que no puede ser perdido de vista no únicamente por los abogados penalistas, sino todo aquél que busque asesorar integralmente a un miembro del sector empresarial del país.

Bibliografía.

Doctrina.

- ANDRADE CASTRO, JASON ALEXANDER. “Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción (ley 1474 de 2011)”. En *XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal: Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- ARMOUR, JOHN, HENRY HANSMANN, Y REINIER KRAAKMAN. *The essential elements of corporate law: What is corporate law ? The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Vol. 7, 2009. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_643.pdf.
- BAINBRIDGE, STEPHEN M. “The business judgment rule as abstention doctrine”. *Vanderbilt Law Review* 57, núm. 1 (2004): 81–130. <https://doi.org/10.2139/ssrn.429260>.
- BALLESTEROS CORREA, FABIO ORLANDO. “Summary for Policymakers”. En *Climate Change 2013 - The Physical Science Basis*, editado por Intergovernmental Panel on Climate Change, 1–30. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.
- BERNATE OCHOA, FRANCISCO. “La administración desleal de sociedades como delito”. *Asuntos Legales*. el 21 de octubre de 2013. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/francisco-bernat-ochoa-508016/la-administracion-desleal-de-sociedades-como-delito-2072716>.
- BERNATE OCHOA, FRANCISCO, Y FELIPE VIRGÜEZ ÁLVAREZ. “Administración Desleal y Corrupción Privada”. En *Manual de derecho penal, tomo I*, Colombia., 605–41. Bogotá: Editorial Temis - Universidad del Rosario, 2018.
- CALDAS BOTERO, LUISA FERNANDA. “Corrupción privada y administración desleal”. En

Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

- CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON. “La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal”. *Derecho Penal Contemporáneo - Legis Colombia*, núm. 54 (2016): 147–94. http://legal.legis.com.co/document.legis?fn=conten_t&vistaprevia=1&docid=rpenal&ctxid=rpenal_0b84a507275046adaa4f3310ceb53481&fnpipelines=DOC_HIGHLIGHTER#bf138866bea31f44a40bc849de9be47d8cfnf9.
- CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO, Y JUANITA MARÍA OSPINA PERDOMO. *Derecho penal societario*. Primera Ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018. <https://doi.org/10.12804/tj9789587840414>.
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA. “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: Enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado - Universidad de los Andes* 1 (1986): 123–44. https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri46.pdf.
- CONAC, PIERRE-HENRI, LUCA ENRIQUES, Y MARTIN GELTER. “Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”. *European Company and Financial Law Review* 4, núm. 4 (el 1 de enero de 2007). <https://doi.org/10.1515/ECFR.2007.025>.
- Fiscalía General de la Nación, y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Tipologías de Corrupción en Colombia. Fiscales unidos por la Transparencia y la Integridad*. Tomo 8. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2018.
- GOLDMAN, DIEGO H. “Análisis Económico del Derecho penal y Derecho penal liberal: confluencias y bifurcaciones”. *Derecho Penal y Criminología* 38, núm. 104 (el 12 de diciembre de 2017): 13–74. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.02>.
- GÓMEZ, ALEJANDRO, PAULA MIRANDA, Y MARÍA PAULINA SANTACRUZ. “Business Judgment Rule: Origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Universitas Estudiantes*, núm. 19 (2019): 39–56. <http://hdl.handle.net/10554/43790>.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. “¿Delito de administración desleal por exigir a la sociedad filial el pago de un préstamo que pone en peligro su existencia?” *Análisis GA&P*, 2014, 1–3.
- GONZÁLEZ CORTÉS, JACOBO. “El acto que marca la modalidad tentada de la administración desleal”. Mauricio Pava Lugo Abogados, 2018. <https://mpapenalcorporativo>.

com/2018/12/03/el-acto-que-marca-la-modalidad-tentada-de-la-administracion-desleal/.

GOTTSCHALK, PETER. *CEOs and White-Collar Crime*. Cham: Palgrave MacMillan - Springer International Publishing, 2017. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-55935-3>.

HANSMANN, HENRY, Y REINIER KRAAKMAN. “The End of History for Corporate Law”. En *Corporate Governance*, 89:49–78. Gower, 2017. <https://doi.org/10.4324/9781315574288-3>.

HENNING, PETER J. “A New Crime for Corporate Misconduct?” *SSRN Electronic Journal* 94, núm. 43 (2014). <https://doi.org/10.2139/ssrn.2379586>.

HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “La administración desleal en el derecho penal chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI* (2005): 201–58.

JAKOBS, GÜNTHER. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” En *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, editado por Eduardo Montealegre Lynett, Primera Ed., 40–56. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2003.

LAGUADO GIRALDO, CARLOS ANDRÉS. “Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: An Empirical Study of the US, UK, Australia and the EU”. *Vniversitas*. 111 (2006): 115–66.

LERNER, CRAIG S. “The Trial of Joseph Dotterweich: The Origins of the ‘Responsible Corporate Officer’ Doctrine”. *Criminal Law and Philosophy* 12, núm. 3 (el 1 de septiembre de 2018): 493–512. <https://doi.org/10.1007/s11572-017-9439-4>.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN EDUARDO, Y YOLIMA PRADA MÁRQUEZ. *Principios de derecho comercial*. 11 Edición. Bogotá: Editorial Temis - Pontificia Universidad Javeriana, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *El delito societario de administración desleal*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. *Cátedra de Derecho Bancario colombiano*. Primera Ed. Bogotá: Legis Editores, 2000.

MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Segunda Ed. Bogotá: Legis Editores, 2014.

MATTHEIS, CLEMENS. “The System Theory of Niklas Luhmann and the Constitutionalization

- of the World Society". *Goettingen Journal of International Law GoJIL* 4 (2012): 625–47. <https://doi.org/10.3249/1868-1581-4-2-mattheis>.
- MENDOZA, JOSÉ MIGUEL. "La definición de conflictos de interés en el derecho societario colombiano". *UNA Revista de Derecho* 1 (2016): 1–26.
- MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. *La adopción del principio de oportunidad. Adecuada selectividad discrecional de casos y medidas en la ejecución de la política criminal*. Primera Ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Jurídicas Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. *La discrecionalidad para acusar. Aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*. Editado por Javegraf. Segunda Ed. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Jurídicas, 2007.
- MITNICK, BARRY M. "Origin of the Theory of Agency: An Account By One of the Theory's Originators". *SSRN Electronic Journal*, núm. March 2013 (2011). <https://doi.org/10.2139/ssrn.1020378>.
- MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *Derecho Penal y Sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación. Tomos I y II*. Primera Ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MONTORO BALLESTEROS, ALBERTO. "El funcionalismo en el Derecho : Notas sobre N . Luhmann y G . Jakobs". *Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época* 8 (2007): 365–74.
- NWAFOR, ANTHONY O. "Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis". *Journal of African Law* 57, núm. 01 (el 1 de abril de 2013): 81–107. <https://doi.org/10.1017/S0021855312000162>.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Séptima Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2005.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL. *Criminal Liability of Political Decision-Makers*. Editado por Frank Zimmermann. *Criminal Liability of Political Decision-Makers*. Cham: Springer International Publishing, 2017. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-52051-3>.
- POLANÍA TELLO, NICOLÁS. "Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada". *Revista de Derecho Privado* 1, núm. 23 (2012): 267–317.
- POSADA MAYA, RICARDO. "El dolo en el Código Penal de 2000". En *Temas de Derecho Penal*, editado por Ricardo Posada Maya, Primera., 1–74. Bogotá: Editorial

- Temis - Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2008.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *Derecho Penal*. 11 Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2017.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, TERESA. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. McGraw-Hill Interamericana de España, 1997.
- ROSO CAÑADILLAS, RAQUEL, Y DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA. "La administración desleal societaria en el derecho penal español". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3 (2010): 3–37.
- SABOGAL BERNAL, LUIS FERNANDO. "La relación administrador-sociedad". *Revista de Derecho Privado* 18 (2010): 125–56.
- SCHÜNEMANN, BERND. "¿Infracción grave al deber» en la administración desleal?" En *La administración desleal de los órganos societarios*, editado por Carlos Gómez-Jara Díez, Primera Ed., 83–98. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- SCHÜNEMANN, BERND. "La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann". En *La administración desleal de los órganos societarios*, editado por Carlos Gómez-Jara Díez, Primera Ed., 17–82. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- SEPINWALL, AMY J. "Crossing the Fault Line in Corporate Criminal Law". *SSRN Electronic Journal* 40 (2014): 439–82. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2513445>.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Editado por Raquel Montaner Fernández y Lorena Varela. Buenos Aires - Montevideo: Editorial B de f - Edisofer, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Tercera Ed. Madrid: Editorial Edisofer, 2011.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO. "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta". *Vniversitas* 53, núm. 108 (2004): 281–315.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *Autoría*. Tercera Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO.. "La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano". *Revista de Derecho Penal y Criminología* 25, núm. 75 (2004): 171–95.
- SUESCÚN DE ROA, FELIPE. "The business judgment rule en los Estados Unidos: Una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva". *Vniversitas* 127 (2013): 341–71.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. *Pronunciamientos Administrativos*. Editado por Andrés Alfonso Parias Garzón. Bogotá. Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2018.

TIROLE, JEAN. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1994.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Fundamento de Derecho Penal*. Parte general. Segunda. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018.

VERA RIVERA, MARÍA DEL CARMEN. *El delito de administración desleal: Criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*. Universidad Complutense de Madrid, 2017.

Jurisprudencia

Alemania

República Federal de Alemania. Decisión del Tribunal Federal de Justicia de 24.9.2019, 5 StR 394/19.

República Federal de Alemania. BGH 3 StR 430/17 - Orden del 22 de marzo de 2018 (LG Düsseldorf)

Colombia

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rád. 25000-23-24-000-2010-00584-01 (C.P. María Claudia Rojas Lasso, 29 de septiembre de 2016)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-616 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 6 de agosto de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-660 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 28 de noviembre de 1996).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo. Bogotá D.C., 2 de agosto de 2001. Ref.: Expediente No. 614.

Sentencia SC2749-2021 (MP Álvaro Fernando García Restrepo, 7 de julio del 2021)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia SP18532-2017, Rád. 43263 (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 8 de noviembre de 2017)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia SP5333-2018, Rád. 50236 (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 5 de diciembre de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP122-2018 (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, 21 de marzo de 2018).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3601-2021 (MP Fabio Ospitia Garzón, 18 de agosto del 2021).

Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. Sentencia 2014-0289 (N.I. 212.797) (J. Álvaro Laureano Gómez Luna, 21 de agosto de 2015).

Superintendencia de Sociedades de Colombia. Rád. 2014-801-084. Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara (S.D. José Miguel Mendoza, 8 de noviembre de 2015).

Superintendencia de Sociedades de Colombia. Rád. 2014-801-50. Carlos Hakim Daccach contra Jorge Hakim Tawil y otros (S.D. José Miguel Mendoza, 8 de junio de 2016).

Superintendencia de Sociedades de Colombia. Rád. 2014-801-55. María Virginia Cadena López y Fernando Alfredo Cadena López contra Hacienda Los Mangos López de C. & Cía S. en C. y otros (S.D. José Miguel Mendoza, 15 de octubre de 2015).

Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-120. El Zarzal S.A. v. Arturo Escallón Lloreda y Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso El Zarzal (S.D. Catalina Guio Español, 6 de diciembre de 2017).

Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 800-26 Jorge Eduardo Terreros Wilches v. Rafael Uribe Toro (S.D. José Miguel Mendoza, 13 de abril de 2016).

España

Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia STS 6773/2006 (M.P. Enrique Bacigalupo Zapater, 14 de noviembre de 2006).

Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia STS 1316/1998 (M.P. José Jiménez Villarejo, 26 de febrero de 1998).

Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia STS 74/2019 (M.P. Andrés Palomo del Arco, 16 de enero de 2019).

Reino de España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia STS 15519/1994 (M.P. Enrique Bacigalupo Zapater, 7 de marzo de 1994).

Estados Unidos

Supreme Court of Delaware Feb 22, 1927, 40 A. 264 (Del. 1927 Bodell v. General Gas Electric Corporation).

Supreme Court of Delaware. *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 2000 Del. LEXIS 51 (Del. Feb. 9, 2000).

U.S. Supreme Court. *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).