

HOYOS DUQUE, TOMÁS, “El consentimiento en la Administración Desleal: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP008-2023. Radicado 58915 de veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés (2023). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa”, Nuevo Foro Penal, 100, (2023).

El consentimiento en la Administración Desleal: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP008-2023. Radicado 58915 de veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés (2023). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

Consent in Unfair Administration: Ruling of the Supreme Court of Justice SP008-2023. Case number 58915 of January 25, 2023. Judge Rapporteur Patricia Salazar Cuéllar

TOMÁS HOYOS DUQUE*

Introducción

Hace doce años entró en vigor la Ley 1474 de 2011, más conocida como el actual Estatuto Anticorrupción, que a través del artículo 17 creó en el Código Penal el artículo 250B incorporando el delito de administración desleal. Sin embargo, no se trató de una creación que haya obedecido propiamente a la innovación del legislador colombiano, sino a un trasplante acrítico –casi literal– del artículo 295 del Código Penal español, hoy derogado.

Supongo que, para aquel entonces, el legislador no tenía muy claro qué significaba este delito o cual era su capacidad de rendimiento, incorporándolo como un mecanismo más dentro de su amplio arsenal para hacerle frente a la lucha contra la corrupción pública y privada. Y digo que no lo tenía claro porque simplemente se las arregló para agregarlo en los delitos contra el patrimonio económico sin ulteriores consideraciones sobre su especificidad, en un ámbito (el derecho penal de empresa) donde la protección penal se caracteriza por ser bastante difusa y técnica. Quizás una ojeada a la discusión de la doctrina y la jurisprudencia de España habría previsto

problemas de interpretación, adecuación típica, concursos aparentes y, con todo ello, mejor técnica legislativa y mayor perseguibilidad, pues de forma inadvertida se importó la figura típica junto a los defectos que condujeron en 2015 a su derogación y reforma en el país de origen¹.

Pese a todo, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido ocupándose paulatinamente de la administración desleal, captando como aquella se ajusta o no a supuestos concretos de delincuencia empresarial, con la producción –hasta ahora– de dos importantes sentencias cuyo número muy probablemente irá aumentando, en la medida en que la trascendencia del tipo penal se vaya comprendiendo en el ámbito de la responsabilidad penal dentro de las sociedades mercantiles. Por cuanto se trata del delito paradigmático de la delincuencia societaria y, una bisagra que conecta una pluralidad de delitos económicos –en sentido amplio–.

La sentencia SP3601/2021. Casación 53624, proferida por la Corte Suprema de Justicia, fue la primera luego de más de diez años de la creación del artículo 250B y sentó sus bases dogmáticas con fundamento –apenas lógico– en la doctrina española², esclareciendo el panorama en cuanto a la protección del bien jurídico, pues se discutía por la doctrina (entre otras cosas), sí el interés jurídicamente protegido era el patrimonio económico de la sociedad o el de cada uno de sus socios individualmente considerado. Pues bien, se trata de una cuestión ya zanjada: el bien jurídico tutelado es el patrimonio societario al menos de forma directa. Ya la discusión va tomando otro cariz.

La reciente sentencia SP008/2023. Rad. 58915, objeto del presente comentario, constituye la segunda decisión de la alta corporación en esta materia que, si bien no renueva o modifica la jurisprudencia anterior (esencialmente se soporta en ella),

* Abogado egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Especialista en Derecho penal de la misma Universidad. Contacto: thoyosd@eafit.edu.co

1 Por ejemplo, la administración desleal del artículo 250B le es aplicable exclusivamente a supuestos que se producen dentro de sociedades comerciales, dejando al margen gestiones fraudulentas que se presentan en patrimonios autónomos, fincas, cooperativas, fundaciones, universidades, entre otros. Además, la distinción con el inciso 3 del artículo 249 es prácticamente imposible, máxime que al abuso de confianza prevé los calificantes del artículo 250 que lo convierte en un delito de mayor pena. Sobre los problemas, Cfr. Norberto J. De La Mata Barranco et al. *Derecho penal económico y de la empresa*. (Madrid: Dykinson, 2018): 239-240.

2 Fundamentalmente en el trabajo de María del Carmen Vera Rivera: "El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva". Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. 2016. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/43599/1/T39008.pdf>

desentraña un caso sumamente interesante donde se confundió por parte de las instancias judiciales una gestión empresarial defectuosa o negligente con el carácter abusivo y fraudulento de la administración desleal. Lo que nos lleva a reflexionar sobre un tema poco tratado hasta ahora en el país (y en general en la dogmática del derecho penal económico)³: el consentimiento como causa de exclusión del injusto penal.

Para el objetivo de esta reseña o comentario jurisprudencial, no se abarcarán, naturalmente, todos los problemas de la institución del consentimiento, únicamente se pretende a partir de los hechos y consideraciones de la sentencia SP008/2023 de la Corte Suprema de Justicia, esbozar brevemente dos aspectos fundamentales: (i) la identificación del consentimiento como causa de exclusión del tipo y, (ii) como se valora la eficacia del consentimiento en el supuesto de hecho concreto de la administración desleal.

Por razones de espacio y pertinencia, se dejan al margen los tipos de hurto y falsedad por ocultamiento privado que la Corte también aborda con cierto detalle, sin perjuicio de alguna u otra referencia.

1. Los hechos

El 19 de febrero de 2014, los socios Felipe Cano Mejía, Gustavo Adolfo Juliao Ferreira, Juan Camilo Uribe Escallón y Víctor Raúl García Restrepo, constituyeron la sociedad Ticpack S.A.S dedicada a la distribución y producción de empaques plásticos, designándose como representante legal a Felipe Cano Mejía y como suplente a Juan Camilo Uribe Escallón. La participación accionaria se distribuyó así: Cano Mejía el 30%, Juliao Ferreira el 30%, Uribe Escallón el 30% y García Restrepo el 10%.

El representante legal, Felipe Cano Mejía, presentó propuesta a la asamblea de accionistas para suscribir un contrato de arrendamiento de un local comercial de propiedad de la sociedad Lubriplásticos E.U. de la familia Cano Mejía, para efectos de garantía se constituyó un CDT a favor del arrendador, y como codeudor del arrendatario suscribió el socio García Restrepo. Dicha propuesta fue aceptada por unanimidad.

En el contexto propio del contrato social, y en ejecución de la actividad comercial, Felipe Cano Mejía y Juan Camilo Uribe Escallón entregaron a la sociedad en calidad de aportes, unas sopladoras, estanterías, mobiliario de oficina, moldes de aluminio, cámaras, partes eléctricas, representados en la suma de ciento sesenta

3 Ivo Coca Vila. "El consentimiento en el derecho penal económico". En *Delito y Empresa*. Dir. Ramón Ragúes i Valles y Ricardo Robles Planas. (Barcelona: Atelier. 2018): 193 y ss.

millones de pesos (\$160.000.000). También por unanimidad, y con el fin de ahorrar gastos, se decidió no contratar a un contador para que las funciones administrativas fueran realizadas por el propio administrador.

Durante el giro de los negocios los socios Gustavo Adolfo, Juan Camilo y Víctor Raúl, empezaron a notar faltantes habituales en la compra de materia prima, que por lo demás era de escasa calidad. Había máquinas que dejaron de operar y la facturación estaba siendo rotulada a nombre de la sociedad Lubriplásticos E.U. En general, no existía una contabilidad clara y precisa. Por lo anterior, se requirió al representante legal, quien en un primer momento les dio un parte de tranquilidad, luego les manifestó que no había dinero, al tiempo que evadía suministrar información financiera clara y real a los socios.

Como consecuencia de estas irregularidades, en asamblea extraordinaria del 15 de diciembre de 2014, le solicitaron al representante legal el informe de gestión del periodo de su administración, quien no obstante se negó a realizarlo. Posteriormente, de común acuerdo se fijó un plazo de entrega del informe para el 30 de diciembre de 2014, donde se incluyera estados contables al 30 de noviembre de 2014; también se acordó remover del cargo al representante legal Felipe Cano Mejía y nombrar en su reemplazo a Sven Carsten Seydler.

El 31 de diciembre de 2014, el contador Constantino Federico Ramírez Maldonado elaboró un informe contable, presentado el 21 de enero de 2015, donde informó acerca de la imposibilidad de garantizar la fiabilidad de la información de los estados contables, toda vez que se evidenció que Felipe Cano Mejía manejaba dos carpetas, una rotulada como oficial contentiva de comprobantes de ingreso, egreso y facturas y, otra no oficial que contenía únicamente recibos de caja y comprobantes de egreso. La facturación de la empresa Ticpack S.A.S pese a tener la resolución expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para ese efecto, estaba soportada en papelería de la sociedad Lubriplásticos E.U.

Se hallaron además ingresos sin soporte físico, recibos de caja sin detallar y maquinaria como la torre de enfriamiento, compresor y gabinete facturados a nombre de Lubriplásticos E.U. Y si bien, la sociedad Ticpack S.A.S pagaba sus obligaciones, la información relacionada en un cuadro *Excel* no reflejaba los soportes de egreso e ingreso. Sumado a lo anterior, evidenció –que aparentemente sin consentimiento– el representante legal había realizado un autopréstamo, entre otras cosas.

En consecuencia, los accionistas con el 70% de participación no aprobaron los estados financieros e iniciaron la acción de responsabilidad social en contra de Cano Mejía, y se determinó la disolución y liquidación de la sociedad con la prohibición de

ingreso de los accionistas a la bodega. Cambiaron las cerraduras y acordaron que el ingreso solo le sería permitido a Sven Carsten Seydler.

Durante los días seis 6, 7 y 8 de febrero de 2015, Felipe Cano Mejía, Alejandro Cano Zuluaga y German Cano Zuluaga, violentando las cerraduras ingresaron a las instalaciones de la empresa Ticpack S.A.S, apoderándose de la totalidad de los activos (representados en maquinaria), valuados en aproximadamente quinientos millones de pesos (\$500.000.000), y sin que posteriormente se encontraran los documentos contables, actas de asamblea, contratos, cuentas por pagar y cobrar de la empresa.

El 9 de febrero de 2015, el representante legal de la sociedad Ticpack S.A.S, Sven Carsten Seydler, mediante comunicación dirigida a Felipe Cano Mejía requirió las razones sobre la sustracción de los activos sociales por aquel y sus parientes. El 26 de febrero de 2015, Cano Mejía manifestó que el desalojo se debió a una orden judicial expedida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Itagüí, que a través de Sentencia 005 del 05 de febrero de 2015, ordenó la restitución del bien inmueble arrendado por el incumplimiento en el pago de los cánones de arrendamiento, afirmando a su vez que la maquinaria pertenecía a la empresa Lubriplásticos E.U.

Finalmente, la empresa no pudo liquidarse en el entendido que la familia Cano entró a la bodega y se apoderó de la totalidad patrimonio de la compañía.

2. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia

Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia frente al primer cargo de la demanda por incongruencia entre acusación y sentencia, abordó el *quid* del asunto entendiendo que la valoración de los hechos debía realizarse de forma global, reclamando al Tribunal su apreciación equivocada a partir de episodios inconexos e insignificantes, cuando en realidad –frente al tipo de hurto– se trataba de una sola acción cuya finalidad en últimas era el apoderamiento de unos bienes ajenos, resaltando que es pacífico en la jurisprudencia que aquel se consuma en el momento en que el autor los sustrae de la esfera de dominio de la víctima, para incorporarlos definitivamente a la suya, por supuesto, con la intención de obtener un provecho ilícito.

Lo anterior, no suscita mayor controversia; cuestión diferente es a como se entienda jurídicamente el momento de consumación en el *iter criminis* del hurto, sin que por ello se afecte el núcleo fáctico, aun con ello, la acusación y los fallos se circunscribieron al apoderamiento de los bienes muebles de la sociedad Ticpack S.A.S.

Seguidamente, en el segundo cargo pasó a tratar la administración desleal, la Corte se fundamentó conceptualmente en lo decantado en la sentencia SP3601/2021. Casación 53624, para evaluar la tipicidad del comportamiento del administrador de la sociedad. Destacando por un lado que, para su relevancia son necesarios el abuso del cargo y el fraude, y tales condiciones deben tener la capacidad de comprometer la existencia de la sociedad o dificultar el desarrollo de su objeto social, es decir, la existencia de un perjuicio económicamente evaluable, y por otro, de mayor interés para el caso concreto, insistió:

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

De esta suerte, llamó de nuevo la atención al Tribunal por el escaso análisis que le dedicó a la administración desleal. Y es que para la segunda instancia la configuración del comportamiento típico apenas se basó en la facturación de las ventas de Tickpack S.A.S a nombre de la sociedad Lubriplásticos E.U., cuando en realidad la dificultad dogmática del delito le exigía la comprobación –con arreglo a la prueba– del fraude y abuso como ejes de la relación de imputación entre la conducta y el resultado. En esa línea, las pruebas pericial y testimonial no fueron apreciadas correctamente, pese a que incidían sustancialmente en la valoración del comportamiento.

La Corte Suprema, en efecto, corroboró con base en el informe pericial que la sociedad obtuvo un balance negativo que ascendía a \$239.770.720 millones de pesos. Sin perjuicio de las versiones de Felipe, Alejandro y Germán Cano, quienes en su defensa afirmaron que Tickpack S.A.S era en realidad una sociedad de papel y Lubriplásticos E.U era la real, se pudo establecer que la sociedad sí existió fáctica y jurídicamente, ejerciendo actos de comercio con anterioridad y constituyéndose como persona jurídica en 2014, con sus respectivos aportes y participaciones accionarias. Lo anterior es sumamente relevante, pues justamente en ese contexto es que la Corte pudo determinar que los socios acordaron formal y materialmente que Felipe Cano Mejía fungiera como administrador de la sociedad y, posteriormente en uso de esas mismas facultades lo removieron del cargo.

Ahora bien, la pericia incorporada pudo comprobar otras situaciones: (i) la adquisición de una maquinaria a título de Lubriplásticos E.U con las obligaciones

derivadas de dicha adquisición a cargo de Tickpack S.A.S, (ii) facturación generada en formatos de Lubriplásticos y, (iii) la existencia de doble contabilidad dividida en una carpeta oficial y otra no oficial.

Esa misma prueba valorada en conjunto con la testimonial, permitió descartar la relevancia penal de estos comportamientos, a diferencia de las instancias judiciales que la afirmaron. Y aunque lo anterior efectivamente se dio por probado, ocurrió que los accionistas así lo dispusieron entre todos por razones administrativas, es decir, los bienes irían titulados a nombre de Lubriplásticos E.U, pero el llamado a responder por las obligaciones sería Tickpack S.A.S. Al mismo tiempo, se probó que la contabilidad paralela fue al principio autorizada por los accionistas; no obstante, para la Corte no fue claro en qué momento y como se cambió el modelo de administración, en el entendido que Cano Mejía fue removido por los accionistas luego de que le manifestaran la necesidad de emitir la contabilidad a nombre de la empresa.

Así las cosas, ninguna de esas conductas pese a haber sido aceptadas en el marco del riesgo que significan este tipo de eventualidades pueden considerarse fraudulentas o abusivas, o al menos no cabe sostener que ese tipo de gestiones sean típicas y hayan propiciado directamente la quiebra de la empresa.

Argumentó, además, que no es suficiente el saldo negativo o merma patrimonial para la configuración del delito, porque muchas veces ese tipo de resultados obedecen al giro ordinario de los negocios o incluso a circunstancias que ni siquiera una buena gestión puede evitar. A pesar de la importancia del saldo negativo, ello no permite asegurar que el acusado fraguó un fraude para incrementar el haber de Lubriplásticos E.U trasladando las obligaciones a Ticpack S.A.S, porque además de que fue autorizado, no se probó desde cuándo esa autorización que le dio la Asamblea finalizó.

De otro lado, dijo que podría pensarse que ocultar los documentos de la empresa Ticpack S.A.S, impidiendo a los socios y peritos entender cuál fue el giro que se dio a la administración de la sociedad, podría tenerse como un hecho indicador, pero esa situación no tiene la dimensión de anular las declaraciones de los socios que admitieron de buena parte la mala o impropia gestión, autorizada y conocida por todos.

Frente al tercer y último cargo, relacionado con la falsedad por ocultamiento en documento privado, determinó –contrario a lo planteado por el demandante– que no se requiere identificar el contenido exacto de cada documento para adecuar la conducta al tipo, sino probar que contenían información relacionada con la sociedad y al haber sido ocultados se impidió la normal liquidación de la empresa.

En conclusión, la Sala Penal de la Corte consideró que si bien la administración societaria no fue modelo de una buena gerencia, ello no actualiza las dos concretas y específicas alternativas ilícitas que describe el tipo penal, sino una administración deficiente e incluso acordada en cuanto a que se autorizó la facturación y compra de bienes a nombre de otra empresa, hechos que los socios conocieron. En consecuencia, absolvió al administrador Felipe Cano Mejía por el delito de administración desleal, confirmando la condena por hurto y falsedad por ocultamiento de documento privado.

3. Comentario

Cuando se comienza a leer la sentencia, y poco a poco se van exponiendo los matices del comportamiento del procesado como administrador de la sociedad Ticpack S.A.S, da la impresión de que, en efecto, existiría una administración desleal. Aparentemente, son tantas las situaciones irregulares que no tardaría el buen hombre de negocios o el ordenado empresario en tachar de ilícitas semejantes conductas y poner el grito en el cielo. A primera vista –o en abstracto– el caso reuniría los paradigmas de una gestión empresarial desleal y fraudulenta: supuestos autopréstamos, doble contabilidad, conflictos de interés, balances negativos, obligaciones perjudiciales, ocultamiento de información societaria, etc.

Sin embargo, la prueba pericial y testimonial fue fundamental para el análisis dogmático de los hechos, permitiendo deducir la atipicidad del delito a partir de un dato clave que las dos instancias ignoraron: el acuerdo o consentimiento de todos los socios en los actos desplegados por el representante legal. Aun admitiendo que el administrador en uso de sus facultades de disposición del patrimonio social realizó actos que causaron un perjuicio económico a la misma (p.ej. entre otros, el eventual pago de multas administrativas por la facturación irregular)⁴, siempre estuvo autorizado y contó con la anuencia expresa de los socios para llevarlos a cabo, sin perjuicio de que posteriormente fuera removido del cargo.

Ahora bien, la discusión dogmática sobre la institución del consentimiento ha girado en torno a tratarlo como justificante por algunos, otros como causa de atipicidad, hoy la mayoría de la doctrina lo comprende desde una doble vía o diferencial:

4 No fue considerado por la Corte, sin embargo, con fundamento en el artículo 74 del Código de Comercio, el artículo 655 del Estatuto Tributario prevé para los conceptos que "(...) carezcan de soporte en la contabilidad, o que no sean plenamente probados de conformidad con las normas vigentes, la sanción por libros de contabilidad será del medio por ciento (0.5%) del mayor valor entre el patrimonio líquido y los ingresos netos del año anterior al de su imposición, sin exceder de 20.000 UVT"

como causa de exclusión del tipo y causa de justificación⁵. La Corte claramente lo aborda como causa de exclusión del tipo en consonancia con el art. 32, núm. 2 del CP. El fundamento de ello es así, porque la presencia de consentimiento enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y concurriendo dicha voluntad, el hecho se convierte en un suceso habitual y aceptado desde el punto de vista de lo social⁶.

Autoridades en la materia como Silva, han precisado que el comportamiento no es que se convierta en socialmente adecuado o permitido, pues incluso aquel puede sobrepasar las barreras de permisión del riesgo y generar un resultado lesivo. Lo primordial reside, entonces, en evaluar el modo en que el consentimiento manifestado torna irrelevante el hecho para el Derecho penal:

(...) en los delitos societarios el consentimiento puede ser condición suficiente de la irrelevancia penal de la conducta, por encima de los niveles generales de riesgo permitido. Por tanto, no es que el consentimiento constituya un requisito del riesgo permitido, sino que en estos casos es mejor hablar de riesgo consentido como criterio adicional, estrictamente jurídico-penal, de exclusión de la tipicidad de las conductas relativas a bienes disponibles⁷.

Los delitos societarios como la administración desleal tienen una relevancia socioeconómica marcada⁸, y con ello el ámbito de protección del bien jurídico suele ser difuso o de naturaleza mixta. Pero, para lo que aquí importa, en nuestro medio, se sitúa dentro de los delitos contra el patrimonio económico; bien jurídico individual y enteramente disponible por el titular (contrario a lo que sucede, parcialmente, con la vida) y, por tanto, el titular puede consentir su lesión o menoscabo. Ahora, una cuestión que subyace es que, si afirmamos que el titular del patrimonio es la persona jurídica y no los socios, la punibilidad de la administración desleal subsistiría pues el consentimiento no es realizado por el extremo pasivo del delito, tratándose entonces de un consentimiento inválido o viciado. La pregunta que surge es ¿cómo y en qué casos opera la institución del consentimiento en este delito societario para excluir la tipicidad?

Lo que contribuye a esclarecer el problema no es la sola verificación del

5 Vid. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. (Bogotá: Comlibros, 2004), 643-654.

6 María José Segura García. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 57.

7 Jesús María Silva Sánchez. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. (Barcelona: Atelier, 2022), 94.

8 Francisco Muñoz Conde. *Derecho penal. Parte Especial*. 23ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 413.

consentimiento de los socios con relación a una gestión empresarial desleal, sino la configuración de este y su eficacia, pues si se mira en este caso, partimos de la existencia de una pequeña empresa, donde hubo unanimidad y plena conformidad de los cuatro socios con los actos del administrador, en general, ello no presenta mayor complejidad para asegurar la disponibilidad del titular del patrimonio. Distinto sería el tratamiento en supuestos más complicados como los que ocurre con mayor frecuencia en la gran empresa (p.ej. la S.A. o R.L), pues allí naturalmente concurren una multiplicidad de accionistas con intereses contrapuestos, y los acuerdos suelen ser adoptados a veces por mayorías y otras por unanimidad, por lo que la cuestión se torna muchísimo más difícil para delimitar la validez del consentimiento de cara a afirmar la atipicidad del delito.

Frente a lo anterior, basta con referirse a lo decantado por la doctrina especializada, que sostiene que los acuerdos que son adoptados por mayoría, y no por unanimidad, no constituyen un consentimiento válido desde el punto de vista del Derecho penal, pues no expresan la voluntad favorable de todos los propietarios del patrimonio social. En esos eventos, la conducta desleal de los administradores sí es constitutiva de un delito de administración fraudulenta, porque se entiende que la asamblea de accionistas es el órgano de formación de la voluntad social, debe entonces existir –necesariamente– una identificación completa entre el interés social y el de los socios, quienes son los verdaderos propietarios del patrimonio social desde un punto de vista real o fáctico⁹, de manera que solo la plena aquiescencia o unanimidad puede determinar una disposición libre del patrimonio por parte de su titular para excluir la tipicidad. Aunque claro está, debe tratarse de un consentimiento manifestado como una autorización previa o como una aprobación o ratificación posterior de la actuación de los administradores, presuponiendo que a los socios les ha sido suministrada por el administrador información correcta y veraz¹⁰.

En definitiva, los hechos de la sentencia encajarían en el primer grupo de casos por coincidir plenamente el interés social con el de los socios. La asamblea de accionistas autorizó al administrador previamente y lo ratificó para celebrar un contrato de arrendamiento sumamente honoroso, registrar doble contabilidad emitiendo facturas a nombre de la empresa de su familia y, en general, consintieron –por lo menos hasta cierto tiempo– el manejo descuidado que se le dio a la persona jurídica manteniendo

9 Cfr. Patricia Faraldo Cabana. “El consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades”. *Ius et Veritas*. n.º 27 (2003): 277-280; Coca Vila: *El consentimiento en el derecho penal económico*, 205 y ss.

10 Faraldo Cabana. “El consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades”, 271.

altos costos de operación, p.ej. el costo de adquisición de una maquinaria y el gasto fijo que representaba el arriendo del local comercial. Y, todo esto, a pesar de los balances negativos que se venían reflejando. Como se deduce de la sentencia, los socios en conjunto consintieron el curso de riesgo que produjo la debacle de la empresa.

Incluso, la Corte revisó el ocultamiento o la renuencia a entregar información financiera por parte del administrador, quizá como posible indicador de una administración desleal que, aunque puede representar un perjuicio económico (si se considera que eventualmente obstaculiza la imposibilidad de liquidar la sociedad limitando los derechos de crédito de los socios), en nada invalida la unanimidad de las decisiones y las autorizaciones que los socios como cotitulares del patrimonio societario le reconocieron al administrador.

Así las cosas, la solución no pudo ser otra que la exclusión de la responsabilidad por administración desleal. Con razón Bacigalupo ha sostenido que, si el apoderado se mantuvo dentro de lo autorizado por los titulares del patrimonio administrado, es decir, dentro de la llamada relación interna, no cabe apreciar abuso de sus poderes o facultades. En tales supuestos, el fundamento de la exclusión de la punibilidad reside en el consentimiento o conformidad del titular del patrimonio¹¹.

De lo anterior puede entonces, extraerse una conclusión ulterior, el consentimiento anula las características propias del abuso y fraude y con ello también el dolo típico, porque los grados de conocimiento frente al curso de riesgo entre autor y titular del bien jurídico son equivalentes, porque el segundo dispone libremente de este para la producción del resultado (contribuye a que eso suceda), no existiendo afectación (lesividad) al bien jurídico penal. Todo ello, en resumidas cuentas, impide la imputación jurídica del resultado por ausencia de vínculo entre el abuso del cargo y fraude con la causación directa del perjuicio económico, tal y como exige el tipo penal. Así que la función del derecho penal allí nada puede cumplir.

Otra cuestión diferente es la antijuridicidad general (no penal) que subsiste y que precisamente habilita el ejercicio de las acciones propias y principales del derecho mercantil y administrativo, como ocurrió por lo menos a través de la acción de responsabilidad social instaurada: "el acuerdo unánime de los socios excluye el injusto penal, al consentir los perjudicados en la lesión de su patrimonio, dejando de nuevo subsistente la antijuridicidad general"¹².

11 Cfr. Enrique Bacigalupo. *Los delitos societarios en el nuevo Código Penal*. En *Derecho penal económico*. (Buenos Aires: Hammurabi, 2000): 150.

12 Faraldo Cabana. "El consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades", 282.

Con todo, la Sentencia SP008/2023. Rad. 58915 con relación al delito de administración desleal reivindica la naturaleza accesoria del Derecho penal, resaltando los principios de fragmentariedad, legalidad, subsidiariedad y última ratio que deben orientar el sistema constitucionalmente, sobre todo tratándose de la criminalidad empresarial huérfana de principios limitadores.

Bibliografía

- Bacigalupo, Enrique. *Los delitos societarios en el nuevo Código Penal*. En *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- Coca Vila, Ivo. "El consentimiento en el derecho penal económico". En *Delito y Empresa*. Dirigido por Ragúes i Valles, Ramón y Robles Planas, Ricardo. Barcelona: Atelier. 2018.
- De La Mata Barranco, Norberto, Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Lascuráin Sánchez, Juan Antonio y Nieto Martín, Adán. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Faraldo Cabana, Patricia. "El consentimiento de la Junta General de socios y administración desleal de sociedades". *Ius et Veritas*, n° 27 (2003).
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 23ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2021.
- Segura García, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.
- Silva Sánchez, Jesús María. *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Barcelona: Atelier, 2022.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. Bogotá: Comlibros, 2009.