

# Administración desleal y negocios de riesgo<sup>1</sup>

## Criminal mismanagement and risky businesses

[Artículos]

Jorge Fernando Perdomo Torres<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 15/05/2023  
Fecha de aprobación: 15/06/2023

How to cite:

Perdomo Torres, J. F. (2023). Administración desleal y negocios de riesgo. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 18(2), 193–208. <https://doi.org/10.15332/19090528.9739>



### Resumen

En estas líneas se pretende estudiar los elementos más importantes del tipo penal del artículo 250b sobre administración desleal. El propósito es analizarlo desde una perspectiva material, es decir, yendo más allá de la simple explicación formal de los elementos típicos, acudiendo a las teorías de la posición de garante y de la imputación objetiva. Ello nos llevará a enfocarnos en el riesgo (permitido) como uno de los principales criterios de análisis en materia de criminalidad económica; solo aquel comportamiento que exceda los límites de lo permitido en las relaciones económicas complejas puede serle imputado a un administrador como conducta desleal. La necesidad de considerar el funcionamiento real económico de la empresa se expondrá de la mano del concepto de plan global empresarial.

**Palabras clave:** administración desleal, negocios de riesgo, riesgo permitido, plan global empresarial, deber de lealtad.

### Abstract

This article aims to study the main elements of the type of criminal offense contained in Article 250b on criminal mismanagement. The purpose is to analyze it from a material perspective; that

---

<sup>1</sup> El manuscrito es producto del proyecto de investigación *Administración desleal en entes societarios*, adscrito a la línea de investigación de derecho penal de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho de la Universidad de Bonn, Alemania. Actualmente se desempeña como abogado litigante en la firma Perdomo Torres Abogados & Consultores SAS., de la que es socio fundador. Correo electrónico: [jorge.perdomo@uexternado.edu.co](mailto:jorge.perdomo@uexternado.edu.co); ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2156>

is, going beyond the simple formal explanation of the typical elements, resorting to the theories on the duty to act and objective imputation. This will lead us to focus on (permissible) risk as one of the main analysis criteria regarding economic criminality; only that behavior exceeding the limits of what is permissible in complex economic relations can be charged to an administrator as an offense. The need to consider the real economic functioning of the company will be explained in connection with the overall business plan concept.

**Keywords:** criminal mismanagement, risky businesses, permissible risk, overall business plan, loyalty duty.

## Introducción

En el marco de múltiples reformas y medidas para la lucha contra la corrupción, Colombia adoptó dentro de la legislación penal el delito de administración desleal (Ley 1474 de 2011, art. 17). Este tipo penal, en su redacción cercano a otras legislaciones como la española, es sin duda propio de lo que podríamos llamar criminalidad económica o empresarial, en ese sentido de la moderna criminalidad inscrita en la sociedad ansiosa de desarrollo, globalizada y en constante diferenciación. No extraña entonces que en muchos países desarrollados grandes escándalos económico-empresariales hayan girado en torno al correcto manejo de los recursos societarios por parte de quienes tenían su administración (como instrumento de corrupción pública y privada) y que de esa forma se haya impulsado un deseo de análisis y estudio teórico del fenómeno como tal y de su correcto entendimiento más allá de lo que las normas de derecho positivo puedan abarcar (Schünemann, 2010, pp. 17 y ss.).

Es esto lo que se pretende en estas cortas líneas; de la mano de categorías dogmáticas modernas de imputación en los planos objetivo y subjetivo interpretar el verdadero sentido y alcance de la norma penal, abordando diversas discusiones por medio de reflexiones extrapenales y enfocadas en el devenir normal y actual de los entes societarios. En este artículo propenderemos por plantear algunas (de las muchas posibles) discusiones y perspectivas de análisis a partir de lo que podemos denominar *ejercicio racional de toma de decisiones con contenido económico al interior de una sociedad*, para concluir que solo podrá ser entendido como punible aquel comportamiento que no pueda tener una explicación económica dentro del contexto del ejercicio de la actividad empresarial riesgosa.

El delito de administración desleal societaria ha sido consagrado de la siguiente forma en nuestra legislación penal:

..... 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 (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## **Posición de garantía, creación de riesgos y su realización (imputación objetiva)**

### **El deber de fidelidad del administrador y la capacidad funcional de disposición patrimonial**

Lo primero que diremos es que el delito de administración desleal sanciona la infracción de los *deberes funcionales* que tiene el administrador de hecho o de derecho, el socio, el directivo, empleado o asesor dentro de la empresa en concreto. Es decir, el tipo parte de la necesidad de identificar la posición de garante del sujeto actuante, en este caso un agente económico dentro de una empresa; es decir, toda la discusión teórica-jurisprudencial sobre la teoría de la posición de garante (Nieto Martín, 2018, p. 251) cobra especial importancia de cara a entender el vínculo obligacional que tiene el agente y el deber que surge por el aseguramiento de los riesgos inherentes a la actividad empresarial, por la asunción de la administración correcta de la empresa o por la injerencia en los ámbitos jurídicos de otros agentes, etc. (estos son en todo caso el fundamento del origen de la posición de garante)<sup>3</sup>. La doctrina internacional ha venido observando el núcleo de la posición de garante inmersa en este tipo penal en el *deber de fidelidad* (Schünemann, 2010, p. 32) que tiene el administrador agente frente a la sociedad y que legislaciones como la colombiana tienen expresamente consagrado (art. 23 Ley 222 de 1995). Este deber así de amplio debe en todo caso concretarse de la mano de la posición especial que ocupa el autor dentro de la empresa, pues el tipo penal sanciona desde el socio hasta el empleado, pasando por el directivo y el asesor, de manera que el punto de partida siempre deberá ser el contenido específico de la función que cada uno de los mencionados en el tipo ejerce dentro de la empresa y esto dependerá de la naturaleza de la sociedad y su regulación legal, de su objeto social, de la constitución organizativa y estatutaria en general y, para el caso específico, del grado de delegación previsto y permitido, etc. Por ejemplo, si se trata del asesor, el delito solo podrá ser cometido si este tiene capacidad de disposición económica dentro de la sociedad, quizás por haber asumido como garante alguna función al respecto. En todo caso, se parte de que el agente tiene alguna amplitud o discrecionalidad en la toma de decisiones y es por ello que le es exigible una especial lealtad o fidelidad a la empresa; generalmente,

---

<sup>3</sup> Sobre los deberes de aseguramiento en el tráfico, la injerencia y la asunción como formas de posición de garante, véase Perdomo Torres (2008, pp. 190 y ss) y sobre la evolución y significado del concepto de injerencia, véase Perdomo Torres (2009, pp. 33 y ss.)

quienes administran los dineros, el patrimonio o los intereses económicos de una empresa han *asumido* esa tarea en virtud del ejercicio de su libertad organizativa, por lo que el contorno del deber se demarca por la correcta administración, nada más pero tampoco menos.

Es importante resaltar que el tipo penal en comento sanciona la infracción del deber de fidelidad o lealtad por abuso de la función, es decir, se trata de la extralimitación de la función con que cuenta el agente económico; él tiene o es poseedor de esa función, pero, de forma contraria a lo esperado, la ejerce en detrimento de los intereses de la sociedad, bien sea porque, como dice la norma, se *dispone* fraudulentamente de sus bienes o se *contrae* obligaciones a cargo de aquella. La conducta del agente económico en la empresa debe inscribirse entonces dentro del marco de sus funciones (lo que se conoce en la doctrina y jurisprudencia como deberes internos o intensivos)<sup>4</sup>, de modo que no cualquier tipo de intervención de un empleado o un directivo se puede entender como abuso en el sentido de este tipo penal, sino solamente de una de alguien que dentro de sus funciones tenga la virtualidad de perjudicar económicamente a la empresa porque está habilitado funcionalmente para disponer del patrimonio en todas sus modalidades. Por ejemplo, un directivo, aunque de importante jerarquía dentro de la empresa, no habrá cometido este tipo penal y no podrá ser autor si participa activamente en reuniones en las que se tomen decisiones económicas por quienes tienen esa facultad no teniéndola aquel. Entonces, no podrá ser autor de este delito el presidente o gerente de una empresa donde las decisiones sobre el patrimonio son tomadas en junta directiva, y donde, si bien él participa, no tiene capacidad de decidir (se asocia con la expresión, “voz pero no voto”), disponiendo de bienes o contrayendo obligaciones (situación que suele darse en conglomerados empresariales donde existe una empresa base que controla otras filiales, cuyas políticas generales deben ser aplicadas en todas las empresas que hacen parte de él). El incumplimiento de la posición de garante del agente económico dentro de la empresa está entonces delimitado por las funciones que este tiene y que ejerce de forma contraria a su deber, porque se extralimita en perjuicio económico del ente corporativo, independientemente de si la lesión del deber se realiza por acción o por omisión.

El tipo penal que analizamos aquí es un delito que solo pueden cometer los sujetos mencionados cuando tienen capacidad de realizar actos de disposición sobre los recursos de la sociedad, o que le generen obligaciones. No obstante, la norma es amplia considerando que pueden ser autores de esta conducta muchas personas, quienes incluso generalmente no tienen poder dispositivo del patrimonio, por ejemplo, un empleado no directivo. Quizás el sentido del precepto es que pueden ser autores quienes tienen facultades de disposición patrimonial en general, quienes detentan una posición de dominio (garante) de la gestión de

---

<sup>4</sup> Al respecto, véase Gómez-Jara Díez, 2012, pp. 211 y ss.

la empresa equivalente a la de un administrador. Si bien la norma consagra entonces como posibles sujetos activos de esta conducta a muchas personas, lo correcto será entender que solo pueden ser autores quienes tengan efectivamente el poder funcional de disposición patrimonial y entonces el deber de lealtad, pues de otra forma no se configuraría una conducta típica; si en primer momento se piensa que un empleado a secas puede ser autor del delito, pero resulta que este no está facultado para contraer obligaciones para la sociedad, fallará de plano la tipicidad. De nuevo con otro ejemplo, un socio, quien en el derecho comercial representa generalmente el capital, solo podrá ser autor de este delito si su calidad no es simplemente la de socio, sino que además puede considerarse “un socio-administrador” porque tratándose de una empresa familiar además de accionista es representante legal, porque es socio gestor en una sociedad en comandita, porque siendo socio es miembro de la junta directiva, que claramente tiene facultades de administración o porque es un administrador de hecho en el sentido de la Ley 1258 de 2008<sup>5</sup>. En síntesis, no puede cometer un acto de gestión desleal quien no tiene facultades funcionales establecidas para gestionar el patrimonio, por lo que entonces solo un asesor, otro de los posibles sujetos activos del tipo, con facultades *reales* de gestión patrimonial, puede ser autor de este delito, infiriéndose que ha asumido administrar la sociedad (en la doctrina es muy criticada la tendencia legislativa orientada a sancionar por este delito a personas no directivas dentro de la empresa, como un asesor tributario o un revisor fiscal<sup>6</sup>, el criterio del poder de disposición patrimonial funcional [en esa medida el deber de lealtad] sería la base de su punibilidad) o promover decisiones patrimoniales como un asesor de inversión. La definición que traen Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese sobre el administrador de hecho que consagra la norma puede ilustrarnos al respecto: “Debemos [...] entender que por administrador de hecho se está refiriendo el legislador a aquél miembro de la entidad que tiene el dominio social y, por tanto, se convierte en *garante del bien jurídico protegido* por la norma” (Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, 2010, p. 596). Podríamos entonces decir que, además de quienes por mandato legal (Leyes 222 de 1995 y 1258 de 2008) y de acuerdo con la estructura, naturaleza y estatutos de la empresa tienen como función la administración leal y los deberes de fidelidad, también serán autores de este delito quienes, en el sentido del tipo, sean administradores de hecho, socios, directivos, empleados o asesores, que detentan un deber de administración leal del patrimonio de la sociedad, quienes sean garantes de la correcta administración porque lo hayan asumido como deber, porque se convierten en garantes. Aquí cobra especial relevancia toda la doctrina penal que ha venido desarrollando los deberes de garantía en virtud de asunción.

---

<sup>5</sup> Sobre la función de disposición patrimonial como requisito para cometer la administración desleal, véase Sánchez, Muñoz y Fernández (2011, pp. 817 y ss., 852 y ss.).

<sup>6</sup> Sobre esto, véase Seiler (2007).

El Tribunal Supremo alemán en alguna jurisprudencia ha hecho referencia a la necesidad de probar una especial asunción de la administración de los intereses patrimoniales, pues se trataría del surgimiento de una confianza especial por parte de la empresa en quien ahora tiene capacidad de disposición patrimonial (por ejemplo, BGH, 2004, p. 2761); jurisprudencial y doctrinariamente, se entiende que en estos supuestos de administración de patrimonios la confianza especial es digna de ser protegida en derecho penal, bien sea como idea jurídica producto del comportamiento de asunción o como criterio de garantía independiente<sup>7</sup>.

Así las cosas, el poder de disposición patrimonial del agente (legal o asumido) dentro de la empresa determina la tipicidad, lo que ha llevado a que algunos autores, especialmente en la doctrina alemana, consideren que la administración desleal es un delito especial o de infracción de deber y que este elemento del tipo es la base para definir la autoría, de manera que si no se tiene esa calidad, es decir, no se está obligado por el deber de custodia patrimonial no se puede ser autor (menos coautor); se podrá ser partícipe quizás (cfr. al respecto, Schünemann, 2012, § 266, nm. 201).

La referencia funcional del tipo delimita enormemente su ámbito de aplicación. Solo aquellos comportamientos que se puedan considerar como abuso de una función detentada con consecuencias económicas claras para la empresa, permiten hacer un juicio de reproche. Incluso se podría afirmar que es tan importante la vinculación funcional con capacidad de impacto económico que cuando se abuse de una función pero ello no tenga relevancia económica clara, no podría pensarse en este tipo penal. Ya que en nuestro país hemos tenido pocas posiciones jurisprudenciales sobre la correcta interpretación de este tipo penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de agosto de 2021, Radicado 53624, M. P.: Fabio Ospitia Garzón; también del mismo tribunal sentencia de 25 de enero de 2023, radicado 58915, M. P.: Luís Antonio Hernández Barbosa), vale la pena echar mano de alguna jurisprudencia internacional, en concreto la española, que ha venido ocupándose de este tema desde hace ya varias décadas y que, en consecuencia, ha decantado posiciones muy interesantes. La sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de julio de 2006 (M. P.: Julián Sánchez Melgar) dejó sentado claramente el alcance de este elemento típico en los siguientes términos:

Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias del cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace *dentro de los límites que procedimentalmente se*

---

<sup>7</sup> Sobre posiciones de garantía originadas en confianza legítima especial, véase Perdomo Torres (2008, pp. 204 y ss.). También haciendo referencia a la confianza, véase Castro Moreno (1998, p. 471)

*señalan en sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de un tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas...* (énfasis añadido).

Debe destacarse que en materia de administración de patrimonios los agentes económicos dentro de una empresa no tienen necesariamente establecidas formas taxativas de administración, por lo que hay una cierta discrecionalidad<sup>8</sup>; lo que de ellos se espera es una correcta, leal y fiel gestión, no necesariamente la obtención de ganancias o rendimientos, pero sí que se cumpla el objetivo empresarial o política societaria prevista. Es de la esencia de la responsabilidad al interior de la empresa la toma de decisiones de riesgo, sobre todo en el mundo moderno donde la empresa es centro del desarrollo económico mundial, y ello depende en todo caso de las políticas generales del ente corporativo, donde estas no tienen necesariamente siempre que ver con incrementos de patrimonio o enriquecimiento. Muchas empresas se crean y funcionan por necesidades sociales, estatales, e incluso algunas que buscan rendimiento económico asienten en periodos de no ganancia, incluso de pérdida, cuando con ello obtienen otros réditos como la publicidad, el reconocimiento o posicionamiento en un sector, una región, entre otras; “sobrellevar” una empresa en épocas de emergencia económica o sanitaria es ya una cabal administración.

Esta reflexión es pertinente de cara al análisis acerca de la infracción del deber por abuso de función; ser conscientes y entender que la empresa de hoy gestiona riesgos económicos elevados y de muchas clases (esto depende sobre todo del ámbito de acción de la empresa), riesgos que en todo caso son permitidos por ser de la esencia de la actividad, servirá para estudiar en cada caso concreto la infracción o no del deber funcional por parte del administrador. Podríamos decir, de forma general, que, si el agente económico dentro de la empresa administra riesgos propios de la actividad empresarial, y diríamos que el solo hecho de asumir la administración de una sociedad es una actividad altamente compleja, detenta deberes de aseguramiento en el tráfico y que su obligación se mueve dentro de las fronteras de lo racional en materia de gestión o disposición patrimonial. Por ello y desde la óptica de la imputación penal por este delito, es relevante entender que cuando la norma refiere a abuso de funciones, debe entenderse un ejercicio extralimitante que va más allá del riesgo permitido, pues en materia de criminalidad económica, y más si ella es empresarial, la toma de decisiones con incidencia económica generalmente se da en situaciones de riesgo donde lo permitido o no, lo riesgoso pero aceptable no se encuentra

---

<sup>8</sup> En las ciencias económicas, se reconoce la enorme dificultad que existe para hacer pronósticos a largo plazo, sobre todo cuando se trata de inversiones o inyecciones de capital a proyectos de riesgo y en sectores en constante cambio y fluctuación. Por ello se suele reconocer un amplísimo margen de decisión a los administradores de empresas en contextos de alta incertidumbre.

delimitado o expresado en el listado funcional del cargo que se detenta, sino que más bien termina siendo determinado por otros factores externos e inherentes al caso en concreto y por el significado que el suceso tenga en la sociedad.

### **El plan global de la empresa como criterio a tener en cuenta en materia de riesgo permitido**

Para determinar si una decisión empresarial tomada por un socio, directivo o administrador puede entenderse dentro del concepto de riesgo permitido y entonces afirmar su racionalidad habrá que analizar la decisión dentro del *plan global de gestión de la empresa*<sup>9</sup>, esto es, analizar la decisión económica en el contexto general de la actividad y del objeto del negocio empresarial; de tal manera que el carácter beneficioso o perjudicial de un negocio depende de su análisis en el contexto del plan general de la empresa, pues del buen gestor se espera que sopesa racionalmente la necesidad y el sentido que tiene un negocio para el ente colectivo en un momento concreto, dependiendo de la situación y comportamiento del sector en el que se mueve la actividad empresarial, etc. Por tanto, un gerente puede tomar una decisión con consecuencias económicas importantes y hasta onerosas si estas resultan racionales en el marco del mencionado plan global de gestión, si responde a unas racionalidades y realidades económicas. La decisión que, quizás analizada de forma aislada, puede parecer perjudicial, resultaría así llena de sentido; continuando con el ejemplo, cuando dicha disposición patrimonial elevada realizada por el gerente permita pronosticar técnicamente una rentabilidad futura o incluso salvar decisiones empresariales anteriores, esas sí menos racionales, como sería entonces la evitación de situaciones que desde lo operativo pueden traer consecuencias económicas más graves como huelgas problemas laborales, la pérdida de las garantías bancarias, etc. La doctrina alemana en materia de administración desleal ha venido afirmando que es alejado de la realidad y artificial valorar una decisión económica sin atender al contexto de su toma, es decir, que es altamente inconveniente analizar una operación económica empresarial de forma aislada, pues toda decisión se inserta en una planeación y adquiere sentido en el seno de dicho plan (Nelles, 1991, p. 575). Otros autores (Lösing, 2012, p. 135) ven este criterio demasiado amplio y susceptible a la manipulación. Ello permitiría entender incluso que decisiones antieconómicas en primer momento, que hasta generen pérdidas patrimoniales a la empresa, serían al final de cuentas racionales cuando puedan ser explicadas dentro del plan global<sup>10</sup>; las empresas, incluso las personas naturales, suelen actuar sobre la base de planes estratégicos, por lo que medir la decisión a partir de este parecería el camino correcto

---

<sup>9</sup> Al respecto, véase Pastor Muñoz (2016, p. 16).

<sup>10</sup> La jurisprudencia española ha tocado el tema de la racionalidad económica para aceptar o no un negocio o una disposición patrimonial, Audiencia Nacional, Caso Fórum Filatélico, tema de estafas piramidales, sentencia de 13 de julio de 2018: "Los sellos no podían venderse en el mercado a los precios a los que Fórum se los vendía a sus clientes, porque nadie lo pagaría [...] porque su negocio carecía de racionalidad económica pues después de sobrevalorar el precio de bien...".



(Pastor Muñoz, 2013, p. 1464). En todo caso, y eso creemos que es lo más importante, el plan empresarial punto de partida del análisis debe tener sentido y ser racional desde lo económico, pues no de otra forma podrá resultar dentro de lo riesgoso permitido una decisión antieconómica vista de forma individual y aislada (Bräunig, 2011, pp. 244 y ss.).

Consideramos que este tipo de visiones desde la dinámica propia de las relaciones económicas aporta mucho al correcto entendimiento de los tipos penales de la criminalidad empresarial, sobre todo siendo conscientes que muchos negocios que pretenden ser rentables a futuro reclaman la toma de decisiones de riesgo anteriores, las cuales, precisamente por ser riesgosas, están expuestas a muchas vicisitudes, donde lo importante es que *al momento de la toma de la decisión* (una perspectiva *ex ante*) por parte del gerente o directivo, y de acuerdo con las previsiones posibles en ese instante, la disposición económica haya sido hecha pensando en un plan empresarial racional (Diego Rengifo Lozano [2011] habla de la “soberanización de los agentes económicos”). Y es perfectamente posible que la decisión empresarial de contenido patrimonial tenga sentido cuando de lo que se trata es de disminuir riesgos creados por otros anteriormente, pero que solo pueden ser correctamente administrados si se decide con gasto patrimonial para la empresa. Debemos decir que este tipo de decisiones no solo son permitidas porque se mantienen dentro del riesgo tolerado en virtud de que buscan disminuir uno creado con anterioridad (de forma antijurídica o no), sino que son además debidas, es decir, se consolidan como la conducta esperada de un administrador fiel al derecho y a los intereses empresariales. La teoría expuesta por Claus Roxin sobre el manejo del riesgo, su incremento o disminución como criterio de imputación objetiva en materia de creación o no de riesgos desaprobados cobra en estos casos de nuevo gran relevancia.

### **La especial gravedad de la lesión del deber funcional como pauta en negocios de riesgo**

Otro de los criterios que ha venido desarrollando la jurisprudencia alemana en relación con los negocios de riesgo, como aquellos de contenido económico en materia empresarial, y que se ha considerado necesario para estructurar la tipicidad es la *especial gravedad* de la lesión al deber funcional. El argumento es el siguiente: en el ámbito de los negocios de riesgo, acompañados de incertidumbre, solo el acto de gestión desleal que sea grave, solo la lesión de deber significativa, puede estructurar un ilícito penal, pues de lo contrario se sometería a los agentes económicos, directivos de empresas, etc., a constante riesgo de persecución penal. En este argumento también subyace la garantía de principios penales como la subsidiariedad y la última ratio; la gravedad sería el mecanismo de deslinde con el ilícito mercantil<sup>11</sup>. La doctrina ha venido haciendo eco de esa posición jurisprudencial;

---

<sup>11</sup> La decisión que introdujo este elemento a considerar en el tipo fue la del famoso caso *Mannesmann* (BGH 47, 148, 150), así el Tribunal Supremo alemán: “para que se cumpla el tipo penal de administración desleal

Rönnau afirma “un comportamiento empresarial solo puede ser catalogado como violatorio del deber cuando el comerciante se equivoca de forma *crasa* en la ponderación entre costos y beneficios en relación con el patrimonio”. Incluso este mismo autor considera que cuando la conducta del decisor parte de una compensación entre una merma patrimonial y posibilidades de aumento o ganancia se actuará dentro del riesgo permitido y, entonces, no se habrá infringido deberes (Rönnau, 2008, pp. 909 y ss.).

La infracción al deber funcional que reclama el tipo penal de administración desleal debe ser analizada entonces considerando que el derecho penal económico y empresarial tiene por base la economía, y que en esta ciencia el riesgo y la incertidumbre son elementos ineludibles. Por ello, cualquier decisión con contenido patrimonial dentro de una empresa debe ser valorada en su racionalidad individual y en relación con el proyecto o plan global empresarial; la actividad de un directivo en una empresa puede moverse para la toma de decisiones entre diferentes modelos económicos de gestión y es quizás ello lo que ha llevado a los autores mencionados a considerar como absurdo limitar o restringir esas posibilidades de gestión y decisión amplías a los directivos. Si es posible afirmar que hay razones no descabelladas que dan sentido económico a un negocio o a una decisión empresarial, estos se quedarán sin duda por fuera del comportamiento desaprobado y típico. Tiedemann, quizás uno de los autores alemanes que más ha dedicado producción científica a los temas económicos y empresariales, al referirse a la administración desleal ha negado claramente la punibilidad de negocios caracterizados simplemente por la inseguridad jurídica y el riesgo, afirmándola solo cuando ellos sean evidentemente irrazonables, cuando las decisiones de riesgo y las erogaciones no sean defendibles en modo alguno (Tiedemann, 2008, § 9, VI). Como lo expone la decisión del Tribunal Supremo alemán citada, en sede de administración desleal no se debe menospreciar la libertad empresarial.

### **El perjuicio económicamente evaluable: especial referencia a negocios de alto riesgo y especulativos**

Una vez se determine la posición de garante, el deber en concreto del agente económico y su infracción se podrá afirmar que se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, esto es, que el comportamiento del administrador, socio, etc., tiene significado delictivo e interesa al derecho penal porque está en contra de los deberes de lealtad y fidelidad de quien ha sido depositario de alguna confianza para realizar actos de administración dentro de una sociedad. Esta infracción al deber funcional, en segundo lugar, debe concretarse en un resultado jurídico, el cual en este tipo penal es esencialmente económico; quizás por ello

---

en su elemento de la lesión de los deberes de fidelidad patrimonial, la decisión empresarial del órgano societario debe ser además especialmente grave...” (pp. 148, 187); en casos como el otorgamiento de créditos por parte de los bancos, se parte de que ese tipo de negocios son en esencia riesgosos, de manera que solo aquella lesión grave de los deberes de información, análisis y seguimiento de procesos establecidos para dar el crédito fundamentan el tipo penal de administración desleal (así BGHSt 46, 30 y ss.)

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

el legislador tomó la decisión de ubicarlo en el aparte del Código reservado para la delincuencia que atenta contra el patrimonio<sup>12</sup>, en todo caso un resultado dañoso para el patrimonio de una empresa y sus socios, es decir, un delito con resultado económico en el ámbito empresarial. Este resultado es definido por la norma como un “perjuicio económico evaluable”, significando que el daño debe ser hecho al patrimonio social y de los socios, y que debe ser medible y cuantificable, entonces, cierto y de obligatoria determinación. Esto último es muy importante, pues la infracción de la función, el ejercicio abusivo y desleal de las funciones por parte del administrador no solo tiene que tener la potencialidad de causar un daño económico (ya lo dijimos, no cualquier infracción de deber es relevante), sino que además este debe ser cierto, debe poderse cuantificar, y ello es la esencia de la desvaloración del resultado en esta norma.

Un perjuicio económicamente evaluable es uno que puede determinarse con exactitud, pues no de otra forma puede pensarse una responsabilidad penal (y civil) por un delito contra el patrimonio económico. En muchos supuestos, el perjuicio puede ser fácilmente evaluable, pensemos en un bono o comisión por una suma determinada que paga la empresa a quien no debe, de hecho uno de los tópicos objeto de discusión en la jurisprudencia internacional en materia de administración desleal (caso de remuneraciones de ejecutivos de American International Group [AIG] en 2008; caso sobre cobro anticipado de bonos en 2008 Banco Merrill Lynch<sup>13</sup>). Existen otros supuestos donde la afirmación del perjuicio no es especialmente sencilla, nos referimos a aquellos negocios que llevan implícito toma de decisiones patrimoniales con proyecciones económicas futuras, pues aquí se cuestiona si un perjuicio es en verdad evaluable en sentido del tipo. Y no son caprichosas las dudas que en este punto surgen: ¿cómo puedo determinar o evaluar el perjuicio patrimonial de una inversión con proyección riesgosa?, ¿qué pasa si la disposición económica actual se hace sobre la base de una rentabilidad futura, en ese sentido incierta?

Es el problema que surge con los negocios riesgosos altamente inciertos y especulativos; en estos las expectativas de ganancia o pérdida no se pueden valorar con la seriedad necesaria como para tazar un perjuicio; ¿cómo se puede definir como perjuicio una expectativa de ganancia que ni siquiera se tiene, es precisamente expectativa? Autores alemanes como Uwe Hellmann niegan entonces que un perjuicio en el sentido del tipo penal de administración desleal pueda establecerse con base en proyecciones futuras, las

---

<sup>12</sup> Sin embargo, como la ha expuesto la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Penal en la Sentencia SP3601-2021 (de 18 de agosto de 2021) con ponencia del magistrado Fabio Ospitia Garzón: “tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de administración desleal, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico, pero, a la par, se advierte un bien jurídico colectivo, orientado a la tutela de intereses supraindividuales, entre otros, el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles, la estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico y económico como motor de desarrollo del país y la fiabilidad de la buena marcha de las sociedades en el marco de la economía de mercado, todos ellos dirigidos a garantizar el buen orden del sistema económico”.

expectativas de ganancia, por ejemplo, no pueden entenderse como parte del patrimonio en sentido estricto, de manera que esos montos tampoco pueden engrosar un perjuicio, sencillamente no son evaluables. En relación con los negocios de inversión en acciones de bolsa sucede precisamente eso y en ellos:

En los negocios regulares especulativos, es decir, aquellos donde quienes administran el patrimonio no tienen conocimientos especiales de *insider* [...] no es posible hacer una valoración seria de una pérdida o una ganancia. El desarrollo posterior del curso o del precio no podrá tenerse ni siquiera como indicio sobre las posibilidades y riesgos al momento de darse el negocio especulativo, pues las circunstancias decisivas para el desarrollo del negocio nunca se podrán juzgar de forma creíble. Lo relevante para medir el valor de un monto patrimonial será solamente el precio del mercado en el momento en que se realiza el negocio. (Hellmann, 2007, p. 433).

Entonces, las ganancias de un negocio, que en esa medida son expectativas, no pertenecen al patrimonio de quien lo realiza y no pueden estructurar un perjuicio cierto y evaluable, otra cosa totalmente diferente sería si se trata de una expectativa económica con soporte jurídico, que de alguna forma pueda ser exigida, como un derecho de crédito o una oferta hecha por la contraparte que ya vincula.

En la doctrina española hay opiniones muy autorizadas sobre la correcta interpretación de este delito y, en especial, sobre el perjuicio patrimonial como las de Nuria Pastor e Ivó Coca; para ellos no toda expectativa de ganancia pertenece al patrimonio administrado, sino solo a dos grupos de expectativas: por un lado, las que tienen su base en un derecho subjetivo patrimonial, como sería el caso de un derecho de crédito, pues ya se tiene la posibilidad de ser reclamado; por otro lado, están las expectativas de realización directa con derecho de exclusión en donde la realización del lucro depende solo del administrador, piénsese en la expectativa que hay para que un representante legal firme un contrato que está listo, sobre la mesa y que genera ganancia o lucro importante para el administrado; aquí quien administra tiene acceso directo a la fuente de enriquecimiento. Entonces, por el contrario, si la expectativa de lucro no está fundada en un derecho concreto o depende de más personas que el simple administrador no hacen parte del patrimonio de la empresa, por lo que tampoco pueden fundamentar un perjuicio en el sentido del tipo penal de administración desleal (Pastor Muñoz y Coca Vila, 2016, pp. 93 y ss.). Este planteamiento resulta bastante convincente, ya que tiene sentido considerar que no todo tipo de expectativas económicas en la gestión de negocios de una empresa hacen parte ya del patrimonio societario si no existen motivos jurídicos para contabilizarlas. Por tanto, como perjuicio de este tipo penal debe entenderse solo uno que implique menoscabo inmediato, de manera que una ganancia futura que aparezca como mera posibilidad y que no dependa directamente de la conducta del administrador, como podría ser el caso de aquellos valores producto de la intervención de terceros como la política, los agentes económicos, los

acuerdos comerciales entre gobiernos, etc., no es patrimonio y no puede entonces ser perjuicio.

En la misma línea de argumentación, se puede afirmar que una ganancia menor que la esperada en un negocio no es perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de administración desleal; el lucro cesante a cuya producción no se tenga derecho no puede ser perjuicio. Para que exista perjuicio típico se deben tomar decisiones que hagan, por decirlo gráficamente, “más pobre a la víctima”, que esta pierda dinero, el que ya tiene, no que deje de ganar lo que proyectó, pues en los grandes negocios de la sociedad económica moderna se suelen planear inversiones a partir de variables de rentabilidad y modelos financieros que si se inician sobre la base de ganancia, cualquiera que ella sea, dotan de racionalidad a la inversión en el sentido analizado anteriormente. Y si con el desarrollo del proyecto o negocio y por las vicisitudes y los riesgos que suelen tener los intercambios modernos lo proyectado como ganancia no se puede obtener, pero la empresa sigue ganando aunque sea menos, nunca podrá hablarse de *perjuicio*. Y es que siempre se podrá cuestionar al administrador en la perspectiva *ex post*: debiste haber buscado mejores negocios, mejores proveedores, mejor financiación, etc., pero si la decisión fue tomada de forma racional y dentro del plan económico global de la empresa y con expectativa de ganancia cualquiera que ella haya sido, no se podrá hablar de *responsabilidad penal*; una parálisis se generaría en el sector empresarial si las decisiones económicas tuvieran que tomarse siempre con una bola de cristal para estar seguros de que lo que se pretende ganar se ganará. Incluso un negocio que lleve a una pérdida cierta y en esa medida a un perjuicio evaluable no será típico si fue realizado, iniciado o continuado bajo la expectativa razonable de ganancia. Paradigmático de un negocio económico sin ganancia es el conocido en el famoso caso *Argentina Trust* en 1998; el Tribunal Supremo español en sentencia del 26 de febrero de ese año (M. P.: José Jiménez Villarejo) afirmó que un negocio a cambio del cual no hay ninguna ganancia para la empresa, en ningún sentido, genera perjuicio digno de punición.

Un administrador tampoco tiene deberes de aumentar el patrimonio de una empresa. A ello nos referíamos cuando analizamos la infracción funcional del deber, pero ahora, en sede de perjuicio evaluable como requisito del tipo, debemos decir que un perjuicio es una pérdida del patrimonio de la empresa, la “despatrimonialización” (así sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 2.<sup>a</sup>, S 15-2010, núm. 92/2010); pensemos en ventas que realiza el administrador de bienes del administrado a bajo precio, una compra a un precio superior al real, préstamos sin intereses o sin garantías, autopréstamos, etc. “Si el delito de administración desleal es un delito de lesión patrimonial, únicamente puede ser relevante a sus efectos la lesión de un deber que disminuye el patrimonio del fideicomitente” (Bernsmann, 2005, p. 577).

## Imputación subjetiva

En la administración desleal también debe hacerse una imputación subjetiva, es decir, como cualquier tipo penal, al autor debe probarse que actúa con dolo en cualquiera de sus modalidades<sup>13</sup>. Al margen de las discusiones doctrinarias sobre la naturaleza y el contenido del dolo (Sánchez-Vera, 2005, pp. 77-98), como mínimo el autor debe haber tenido el conocimiento de todos los elementos típicos al momento de la acción. Es decir, el autor debe conocer que realiza un comportamiento abusivo funcionalmente, es consciente que realiza una gestión mercantil infringiendo los deberes de fidelidad inherente a su función, que dicha conducta crea un riesgo desaprobado que se concreta en un perjuicio patrimonial evaluable; en síntesis, el autor conoce y sabe que no está favoreciendo los intereses de la empresa, que la disposición patrimonial o las obligaciones que contrae tienen fines distintos a los encomendados como administrador y que esto desemboca en perjuicio para el administrado. Como afirma Jakobs,

Quien tiene el deber de fidelidad solo obra con dolo cuando sabe que ha recibido la confianza en virtud de una promesa de fidelidad y no ha proporcionado, o ha desactivado, una protección efectiva. Con ello, conoce de su competencia para evitar un daño patrimonial. (Jakobs, 2008, p. 112)

Si, por el contrario, el autor considera que la disposición patrimonial no es perjudicial porque parte de la ejecución de un negocio benéfico, entonces considera que no está infringiendo su deber funcional de administración leal de la compañía, obrará sin dolo; pensemos en el supuesto de un negocio de riesgo donde la decisión patrimonial de disposición se toma sobre la base de una racionalidad negocial.

Adicional a lo anterior, el tipo penal contiene un elemento subjetivo especialmente relevante tratándose de delitos patrimoniales, un beneficio propio o para un tercero perseguido con el acto de gestión desleal e infiel. Este elemento subjetivo del tipo debe igualmente estar plenamente acreditado para poder realizar la imputación subjetiva (objetiva), y termina siendo uno paralelo al perjuicio que la conducta debe generar, de manera que en un supuesto donde se perjudique sin ánimo de beneficiarse o beneficiar a nadie habría atipicidad de la conducta.

La jurisprudencia alemana ha venido defendiendo una visión restrictiva del dolo en materia de administración desleal<sup>14</sup>, y esto intentando restringir el ámbito de aplicación de la conducta punible del §266 StGB. Se ha dicho que en los supuestos donde el administrador

---

<sup>13</sup> Negando la posibilidad del dolo eventual en este delito y asumiendo posiciones de la literatura alemana (Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, 2010, p. 616); no entendemos sin embargo esta posición, pues es perfectamente posible que un administrador tome una decisión patrimonial advirtiendo la probabilidad alta del perjuicio, pero en todo caso insiste en la decisión, por lo que estaría en un supuesto de dolo eventual.

<sup>14</sup> Sobre estas posiciones jurisprudenciales, véase Pastor Muñoz y Coca Vila (2016, pp. 187 y ss.), en especial, las referencias de la nota pie 545.

actúa con la firme creencia de que su conducta redundará en beneficio de la sociedad y entonces no percibe la posibilidad de un perjuicio para la empresa, no estaría actuando ni siquiera con dolo eventual. En verdad, la tendencia de la jurisprudencia y los casos más discutidos en materia de administración desleal han tenido que ver con supuestos en los que la disposición patrimonial es claramente abusiva, pero se ha hecho buscando un beneficio para la sociedad, por lo que pareciera entonces que este tipo de actos son menos reprochable que aquellos que se hacen en beneficio propio o de un tercero en concreto y, por ende, habría que flexibilizar las exigencias del dolo; casos como el pago de comisiones ilícitas para beneficiar a la sociedad. No pareciera acertado crear un concepto de dolo *ad hoc* para el delito de administración desleal, las reglas generales de conocimiento del tipo objetivo deberían ser suficiente para saber cuándo la conducta debe ser imputada o no subjetivamente; nos parece que este tipo de posturas terminan evitándose si se tiene claridad sobre los elementos objetivos del delito, es decir, si existe una correcta delimitación del riesgo permitido y del deber penal de custodia fiel y leal de los intereses patrimoniales ajenos, sería suficiente para evitar una interpretación desbordada del tipo penal en comento (Pastor Muñoz y Coca Vila, 2016, p. 189).

## Conclusión

Ya que al interior de una empresa las decisiones que se toman son en esencia riesgosas desde muchos puntos de vista, también desde lo económico (precisamente por la naturaleza de la actividad empresarial), el correcto entendimiento del tipo penal en comento reclama tener especial consideración de la realidad empresarial del mundo moderno, y ello implica que la valoración de los elementos típicos descritos en la norma como, por ejemplo la infracción al deber funcional de lealtad o el perjuicio económicamente evaluable, no puede estar limitada a contrastar objetivamente el comportamiento del agente con una norma, un reglamento, una cifra específica o un suceso fáctico; por el contrario, se requiere de especiales valoraciones racionales en el caso concreto, por lo que cobra especial relevancia entender cuál es el plan global de una sociedad, cuál es el objetivo primordial de un negocio y cuáles los aspectos generales, incluso más allá de los estrictamente económicos, a los que apuesta un agente económico.

## Referencias

- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. (2010). *Derecho penal económico*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Bernsmann, K. (2005). Kick-back zu wettverbswidrigen Zwecken. *Keine Untreue. Strafverteidiger, StV*, 576.
- BGH. (2004). Strafbarkeit kartellrechtswidriger Horizontal-Absprache. *Neue Juristische Wochenschrift – NJW*, 57(38), 2761-2764.

Via Inveniendi Et Iudicandi

e-ISSN: 1909-0528 | <https://doi.org/10.15332/19090528>

Vol. 18 N.º 2 | julio-diciembre del 2023

- Bräunig, A. (2011). *Untreue in der Wirtschaft*. Duncker & Humblot.
- Castro Moreno, A. (1998). *El delito societario de administración desleal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Gómez-Jara Díez, C. (2012). *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico*. Universidad Externado de Colombia.
- Hellmann, U. (2007). Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, ZIS, 11*. [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007\\_11\\_172.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_11_172.pdf).
- Jakobs, G. (2008). Consideraciones sobre el lado subjetivo de la administración desleal. En C. Gómez-Jara Díez (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios* (pp. 99-124). Universidad Externado de Colombia.
- Lösing, C. (2012). *Die Kompensation des Vermögensnachteil durch nicht exakt quantifizierbare, vermögenswirksame Effekte*. Duncker & Humblot.
- Nelles, U. (1991). *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften: Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*. Duncker & Humblot.
- Nieto Martín, A. (2018). Administración desleal y apropiación indebida. En J. de la Mata Barranco, N., Jacobo Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J. A. y Nieto Martín, A. (eds.), *Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 237-284). Dykinson.
- Pastor Muñoz, N. (2013). Herausforderungen bei der Vermögensschadenberechnung im Lichte der Entwicklung des spanischen Vermögensund Wirtschaftsstrafrechts. En Zoller, M. A., Hilger, H., Küper W. y Roxin, C. (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter* (pp. 1447-1468). Duncker & Humblot.
- Pastor Muñoz, N. (2016). La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. *InDret, 4*. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/314494/404647>
- Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I. (2016). *El delito de administración desleal. Claves para un interpretación del art. 252 del Código Penal*. Atelier.
- Perdomo Torres, J. F. (2008). *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*. Externado.
- Perdomo Torres, J. F. (2008). *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*. Externado.
- Rengifo Lozano, D. (2011). Las instituciones y sus presupuestos de información en el orden social. Un enfoque económico. *Via Inveniendi et Iudicandi, 6(1)*, 1-44. [Las Instituciones y sus Presupuestos de Información en el Orden Social. Un Enfoque Económico - Dialnet \(unirioja.es\)](http://www.unirioja.es/~dialnet/Informacion%20en%20el%20Orden%20Social.%20Un%20Enfoque%20Economico%20-%20Dialnet%20(unirioja.es))
- Rönnau, T. (2008). Untreue als Wirtschaftsdelikt. En *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft – ZStW–*, Band 119, Heft 1. De Gruyter.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2005). Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo. *Revista de Derecho Penal y Criminología, 26(79)*. [Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo | Derecho Penal y Criminología \(uexternado.edu.co\)](http://www.uexternado.edu.co/~dialnet/Nuevas%20tendencias%20normativistas%20en%20el%20concepto%20y%20la%20prueba%20del%20dolo%20%20Derecho%20Penal%20y%20Criminologia)
- Schünemann, B. (2012). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b*. De Gruyter.
- Schünemann, B. (2010). La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann. En Gómez-Jara Díez, C. (ed.), *La administración desleal de los órganos societarios* (pp. 17-79). Universidad Externado de Colombia.
- Seiler, W. (2007). *Die Untreuestrafbarkeit des Wirtschaftsprüfers*. Peter Lang.
- Silva Sánchez, J. M., Pastor Muñoz, N. y Montaner Fernández, R. (2011). La responsabilidad penal de los administradores. En *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (pp. 811-948).
- Tiedemann, K. (2008). *Wirtschaftsstrafrecht*. Besonderer Teil. 2.<sup>a</sup> ed. Carl Heymanns Verlag.