



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP3601 – 2021

Casación No. 53624

Acta No. 206

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensa de **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, contra la sentencia proferida el 22 de mayo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, que revocó la absolutoria emitida el 23 de febrero de igual año por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento del mismo Distrito Judicial y, en

su lugar, las declaró penalmente responsables como coautoras del punible de administración desleal agravada.

II. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

El 10 de enero de 2008, los esposos JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, además de sus hijos MARÍA MÓNICA, JORGE ELIÉCER y JUAN SEBASTIÁN FERNÁNDEZ DE CASTRO RODRÍGUEZ¹, constituyeron la sociedad anónima denominada Clínica de Cancerología Doctor JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A.² [en adelante, la Clínica], la cual se dedicaría a la prestación de diversos servicios médicos y actividades de aseguramiento en salud en la ciudad de Valledupar.

El 10 de noviembre de 2010, **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** vendió a la Clínica un lote de terreno localizado en aquella municipalidad, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623, pactándose que su precio (\$240.000.000,00) sería pagado en el término de tres años.

El 15 de marzo de 2013, **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** instauró demanda de separación de bienes conyugales en contra de JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO

¹ Los dos últimos, menores de edad para la fecha.

² Posteriormente cambió su nombre a Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A., conforme a escritura pública n.º 849 de 6 de abril de 2010, elevada ante la Notaría Primera del Circuito de Valledupar. *Cfr.* Folio 152 (reverso), C.O. n.º 1.

DANGOND, trámite admitido por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Valledupar.

El 21 de marzo de 2013, la junta directiva de la Clínica, conformada por la entonces pareja y por su hija MARÍA MÓNICA FERNÁNDEZ DE CASTRO RODRÍGUEZ, destituyó a JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND como gerente y representante legal y seguidamente designó en ese cargo a **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO**.

El 5 de abril de 2013, **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO**, en su condición de gerente de la Clínica, a través de la figura de dación en pago y por escritura pública n.º 834, protocolizada en esa calenda ante la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá, «*para saldar totalmente la obligación dineraria*», transfirió a **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** los derechos de propiedad y posesión sobre el predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623, ante «*la imposibilidad del pago de precio de venta pactado sobre el inmueble*».

La dación en pago se efectuó por idéntico monto de venta, irrisorio frente al avalúo comercial del inmueble, el cual incluyó el lote de terreno, la edificación que sobre él se construyó y que servía al desarrollo del objeto social y actividad principal de prestación de servicios médicos por parte de la Clínica y los elementos, equipos e instrumentos hospitalarios que pertenecían a la sociedad, lo cual condujo a que se afectara directamente su funcionamiento y existencia misma.

El 6 de septiembre de 2013, **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, única accionista y representante legal de la Clínica Buenos Aires S.A.S., a título de aportes en especie, transfirió a esa entidad el referido bien raíz ubicado en la carrera 15 n.º 14–30/36 de la ciudad de Valledupar, constituyéndose en el domicilio de la aludida sociedad por acciones simplificadas, antes, el domicilio social de la Clínica perjudicada.

2.2 Procesales

En audiencia preliminar celebrada el 29 de enero de 2015, bajo la dirección del Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar, la fiscalía formuló imputación en contra de **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** como autora del punible de alzamiento de bienes (artículo 253 del Código Penal). La imputada no aceptó cargos. No hubo solicitud de imposición de alguna medida de aseguramiento³.

Radicado el escrito de acusación⁴ con relación al anunciado injusto, al que, sin variar el núcleo fáctico⁵, se añadió el de administración desleal agravada (artículos 250B

³ Cfr. Folio 5, *ib.* CUI n.º 20 001 60 01231 2014 01136.

⁴ Cfr. Folios 6 a 15, *ib.*

⁵ Se precisa que, aunque en la formulación de la imputación y en la verbalización de la acusación, por la fiscalía se refirieron adicionales hechos jurídicamente relevantes relacionados con otros bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND–**RODRÍGUEZ FUENTES**, en esta decisión únicamente se traen a colación los vinculados con el predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190–10623, afecto al punible de administración desleal agravado, toda vez que el de alzamiento de bienes mereció absolució en ambas instancias.

y 267 numeral 1º *ibidem*), el diligenciamiento correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Valledupar, despacho ante el cual tuvo lugar su verbalización el 17 de septiembre de 2015⁶.

En razón a posterior manifestación de impedimento de aquella célula judicial, la actuación continuó en el Juzgado Quinto homólogo y el 13 de octubre de 2016⁷, fecha prevista para agotar la audiencia preparatoria, las diligencias fueron remitidas al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar para que se decidiera la conexidad procesal solicitada por la defensa, frente a otro radicado que allí se adelantaba y del que da cuenta el siguiente recuento procesal.

El 17 de marzo de 2016, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Valledupar, la fiscalía imputó a **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** el delito de administración desleal agravada. La imputada no aceptó cargos. No hubo solicitud de imposición de medida de aseguramiento⁸.

Radicado el escrito de acusación⁹ por ese punible, la actuación la asumió el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Valledupar, despacho ante el cual se verbalizó el 2 de septiembre de 2016¹⁰.

⁶ Cfr. Folio 30, *ib.*

⁷ Cfr. Folio 174, *ib.*

⁸ Cfr. Folio 1, C.O. n.º 2. CUI 20 001 60 01231 2016 00802.

⁹ Cfr. Folios 2 a 8, *ib.*

¹⁰ Cfr. Folios 20 y 21, *ib.*

El 26 de octubre de 2016¹¹, aquel despacho decretó la conexidad y asumió el conocimiento del radicado que se tramitaba en contra de **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Conocimiento de esa ciudad, unificándose la actuación bajo la noticia criminal n.º 20 001 60 01231 2016 00802.

La audiencia preparatoria se agotó el 16 de febrero de 2017¹² y el juicio oral en sesiones de 24 de julio¹³, 12¹⁴ y 13 de septiembre¹⁵ y 13 de octubre¹⁶ del mismo año, y 23 de febrero de 2018¹⁷, última fecha en la que el despacho de conocimiento anunció sentido de fallo absolutorio y de inmediato emitió la sentencia de rigor¹⁸.

Apelada esa decisión por la fiscalía y por la representación de víctimas, la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, en sentencia del 22 de mayo de 2018¹⁹ la revocó parcialmente, en el siguiente sentido:

(i) confirmó la absolución en lo que corresponde al delito de alzamiento de bienes;

¹¹ Cfr. Folio 24, *ib.*

¹² Cfr. Folios 37 a 41, *ib.*

¹³ Cfr. Folios 180 a 181, *ib.*

¹⁴ Cfr. Folios 182 a 184, *ib.*

¹⁵ Cfr. Folios 187 y 188, *ib.*

¹⁶ Cfr. Folio 189, *ib.*

¹⁷ Cfr. Folios 194 y 195, *ib.*

¹⁸ Cfr. Folios 196 a 219, *ib.*

¹⁹ Cfr. Folios 273 a 325, *ib.*

(ii) condenó a **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, como coautoras del punible de administración desleal agravada;

(iii) impuso a cada una las penas de sesenta y cuatro meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso que la corporal y multa de 13,33 salarios mínimos legales mensuales vigentes;

(iv) concedió a ambas el subrogado de la prisión domiciliaria; y,

(v) como medida de restablecimiento del derecho, dejó sin efectos la dación en pago contenida en la escritura pública n.º 834, protocolizada el 5 de abril de 2013 ante la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá. Además, ordenó la cancelación del acto de inscripción ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar y de aquellos negocios que le sucedieron en el tiempo.

Quien representa los intereses de las procesadas recurrió en casación y allegó la correspondiente demanda²⁰, que la Corte admitió por auto del 22 de febrero de 2019²¹. El 12 de marzo de 2019 se verificó la sustentación respectiva²².

III. LA DEMANDA

²⁰ Cfr. Folios 342 a 407, *ib.*

²¹ Cfr. Folios 7 y 8, cuaderno de la Corte.

²² Cfr. Folios 20 y 21, *ib.*

Postula tres cargos que, en su orden, así desarrolla:

3.1 En un **primer cargo**, con apoyo en la causal segunda de casación, acusa el desconocimiento del debido proceso por vulneración del principio de congruencia.

Explica que, si bien la descripción típica de la conducta delictiva de administración desleal supone el incumplimiento de deberes por el autor, al momento de la formulación de acusación, así como en la petición de condena por la fiscalía, a **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** no se les señaló qué deberes omitieron como administradoras de la Clínica.

Sin embargo, con desconocimiento del núcleo fáctico de la acusación, el Tribunal tuvo como fundamento de condena que no se comportaron como lo hubiera hecho un buen hombre de negocios (artículo 23 de la Ley 222 de 1995).

Tampoco el ente instructor cuestionó que la representante de la Clínica no acudiera a la figura de la reorganización y liquidación judicial de la sociedad, con el objeto de proteger los créditos y recuperar y conservar la empresa, como lo dispone la Ley 1116 de 2006, evento que sí consideró el juez colegiado al momento de atribuir responsabilidad.

Censura que la fiscalía en la acusación se limitó a repetir los hechos en la forma en que fueron redactados en la denuncia por la presunta víctima, esto es, no mencionó

hechos jurídicamente relevantes, aunado a que no justificó el agravante establecido en el canon 267 del Código Penal, simplemente indicó la norma.

En conclusión, aun cuando el ente instructor reprochó el acto de dación en pago, nunca precisó qué deber exigible se incumplió. Por ende, no era dable al Tribunal deducirlo, proceder que trastocó la distribución de funciones de que trata el artículo 250 Constitucional y dio lugar a que las procesadas fueran sorprendidas con cargos que no conocían.

3.2 En el **segundo cargo**, con sustento en la causal primera de casación, acusa la violación directa del artículo 250B *ibidem*, en la modalidad de interpretación errónea, al justificar el *ad quem* un ámbito de protección no incluido en el bien jurídico, toda vez que extendió el margen de amparo, referido al patrimonio individual de los socios, a la integridad del patrimonio social, siendo que este último elemento corresponde a su objeto material.

El censor analiza la conducta de administración desleal, a partir de los antecedentes legislativos que la incorporaron al Código Penal y de jurisprudencia del Tribunal Supremo español, para explicar que la interpretación más afín a su espíritu señala que el bien jurídico está dirigido al patrimonio económico de los socios y no a los ataques que pueda sufrir el patrimonio social.

Relaciona algunos elementos materiales probatorios incorporados a la actuación e indica que de ellos se concluye

que el patrimonio personal de los socios no resultó afectado, como lo exige la descripción típica, por el contrario, entiende que la dación en pago y la subrogación de créditos permitió que siguiera intacto.

Critica que el juez plural clasificara el tipo penal «*como de los de ejecución instantánea, cuando en realidad es de resultado... el correcto entendimiento de la conducta exige, entonces, que para su consumación debe existir, además, un perjuicio económicamente evaluable a sus socios y no la simple afectación al patrimonio social*».

Culmina al decir que el Tribunal no examinó qué perjuicio sufrió el socio denunciante como presunta víctima, pues, no se aportó prueba que así lo demostrara, sin embargo, concluyó consumada la conducta y dejó de lado el análisis concreto del resultado material.

3.3 En el **tercer cargo**, con apoyo en la causal tercera de casación, demanda la violación indirecta de la ley sustancial, derivada de errores de derecho por falso juicio de legalidad y de convicción.

En el primero, denuncia irregularidad en la incorporación de toda la prueba documental –que, en su criterio, no gozaba de presunción de autenticidad– con la víctima como testigo de acreditación, pese a que en el escrito y en la audiencia de formulación de acusación se dijo que ello se cumpliría con un investigador de la policía judicial.

Agrega que el *ad quem* reconoció legalidad a la prueba incorporada como n.º 11 de la fiscalía (declaraciones de renta de la Clínica Buenos Aires S.A. para los años 2012 y 2013), con desconocimiento de los requisitos legales para su obtención (inciso segundo del artículo 244 de la Ley 906 de 2004), como quiera que, al tratarse de documental reservada, conforme al Estatuto Tributario, la forma en que JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND la obtuvo fue ilegal, lo cual da lugar a su exclusión (artículo 360 *ibidem*).

En lo que respecta al falso juicio de convicción, dice atacar por esta vía el valor asignado por el juez colegiado a la prueba n.º 10 de la fiscalía, esto es, el avalúo comercial de la Clínica elaborado por el arquitecto EDUARDO JOSÉ USTÁRIZ ARAMENDIZ, profesional que no fue citado al juicio para validar su contenido y obtener el carácter de prueba pericial, pese a que el ente instructor quiso presentarlo como si fuera documental, desconociendo su tenor especializado y el objetivo pretendido con ella.

Transcribe lo ocurrido en la audiencia de juicio oral cuando se incorporó aquel documento, para significar que el juez unipersonal lo admitió para acreditar que FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND solicitó un avalúo que se utilizó en un proceso civil, pero explicó que no se tendría en cuenta para determinar cuánto costaba el inmueble.

No obstante, el *ad quem*, para establecer la presunta afectación patrimonial de la Clínica, confrontó el acto de dación en pago cuestionado, con el valor señalado en el

avalúo, «concediéndole una valoración a esta prueba que la ley y de otrora el [j]uez de instancia no le reconoce».

Solicita casar la sentencia confutada, revocar la condena en contra de **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** y, en su lugar, absolverlas de los cargos endilgados por la fiscalía.

IV. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

4.1. Recurrente

En lo fundamental, a través de su síntesis, ratificó los cargos de la demanda.

4.2 No recurrentes

4.2.1 Fiscalía

Indica que los cargos primero y tercero no están llamados a prosperar, al no atacar el fundamento central de los hechos y del fallo, que se reduce a la disposición del único activo fijo que tenía una sociedad comercial de familia, pues, la anterior administración sacó al gerente (el esposo) y luego vendió el inmueble a otra sociedad, también familiar «*pero con exclusión del marido*». Esos son los únicos hechos que pudieran configurar la tipicidad de administración desleal.

En cuanto al segundo cargo formulado, menciona que la tipicidad implica una maniobra fraudulenta sobre los bienes de la sociedad y un daño mensurable para los socios.

En ese sentido, conviene con el casacionista al criticar que el Tribunal se centrara en un posible daño a la sociedad, sin descenderlo a los socios, porque, si así hubiere sido, *«de pronto hubiese advertido que la tal maniobra fraudulenta, o no lo fue, o de ella fue totalmente partícipe, el que ahora pretende ser víctima»*.

Explica que se trató de un lote de terreno *«vendido por la señora»* a la sociedad por un precio que, desde ese momento, ya podría estar minusvalorado, pero, su escritura pública no fue registrada por el gerente durante un lapso de tres años.

En ese documento se pactó un precio, con tres años de plazo, sin condición de pago alguna, es decir, es una venta simulada. Por eso, se pregunta: *«¿entonces la maniobra fraudulenta es hacia terceros, o es hacia los socios?»*.

Agrega que, en el delito de administración desleal, la maniobra fraudulenta debe ser *«hacia afuera y también hacia los socios»*. Pero, cuando uno de ellos participa activamente a que esa situación se dé, en razón a una venta simulada y durante esos tres años se levanta allí una clínica, no debería extrañar a ese socio que después la venta se revierta y para él no puede ser considerada una maniobra fraudulenta, típica del punible objeto de acusación.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que llegare a discutirse al interior del proceso de divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal.

El delegado fiscal no considera legítimo que, en una sociedad de familia en la que se utilizaron mecanismos patrimoniales de simulación de ventas, el socio–gerente después se «moleste» porque se cobre la deuda con la transferencia del inmueble. *«En esa maniobra, si fue fraudulenta, participaron los dos».*

De modo que, en su concepto, tendría razón el actor al plantear la indebida interpretación del tipo penal, al asumir el Tribunal solo el daño para la sociedad, como efectivamente lo fue, pero sin verificar un daño tangible para los socios. En este asunto –agrega– no se ve, ni la maniobra fraudulenta, ni el daño tangible y mensurable para el socio que ahora se pretende damnificado.

Reflexiona que la jurisdicción penal no debe intervenir en los conflictos agudos de familia como el presente, en el que está involucrado el divorcio de una pareja y la liquidación de su cuantioso patrimonio conyugal, en desmedro de los verdaderos actos de administración desleal, *«propios de las sociedades que realmente funcionan como empresas».*

En consecuencia, solicita casar la sentencia impugnada y mantener el fallo absolutorio de primera instancia.

4.2.2 Víctima

Frente al primer cargo, expone que el razonamiento del libelista es equivocado al olvidar las características del tipo objetivo de administración desleal, el cual contiene un elemento normativo determinado: obrar con abuso de las funciones propias del cargo.

A partir de un análisis sistemático e integral de la legislación, el juzgador debe remitirse, como bien lo hizo el Tribunal, a la mercantil. Es decir, bastaba con verificar que las procesadas abusaron de una obligación legal exigible en su calidad de socia o administradora, sin que pueda afirmarse vulnerado el principio de congruencia, pues el juicio de tipicidad objetiva exige la observación de la normatividad societaria.

Durante la práctica probatoria del juicio, los elementos de convicción demostraron la transgresión de los deberes y el Tribunal efectuó un análisis valorativo de ellos, con adopción de criterios de sana crítica.

El marco fáctico declarado por la fiscalía en el escrito de acusación estuvo dentro de los derroteros propios del punible de administración desleal. Las procesadas desde la imputación, con claridad conocían que estaban siendo investigadas por la violación a sus obligaciones en la administración de la Clínica.

Explica que el artículo 250B del Código Penal implica el quebrantamiento de los deberes de lealtad, por tanto, la acusación, en dichos términos, es correcta y así fueron condenadas por el juez colegiado, al considerar transgredido el canon 23 de la Ley 222 de 1995. Entonces, la sentencia es correspondiente a la acusación.

Por ende, no existe el alegado vicio de incongruencia en sus aristas personal, fáctica o jurídica, en los estrictos términos desarrollados por la jurisprudencia.

En cuanto al segundo cargo expresa que, del tipo penal bajo estudio, se deduce que para su materialización es indispensable que el sujeto activo disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad para –y a condición de ella–, causar un perjuicio económico a los socios.

Al actuar de ese modo, se afecta el patrimonio social. Es decir, este asunto va más allá del ámbito de protección del bien jurídico patrimonio económico y si el mismo es extensible o no al patrimonio social de la empresa. En tal sentido, no se advierte la vulneración al principio de tipicidad planteado en la demanda.

Por último, en lo concerniente a la violación indirecta de la ley sustancial, el representante judicial de la víctima dice hacer suyos los planteamientos del delegado fiscal, en el entendido que no debe ser acogido el cargo propuesto.

4.2.3 Ministerio Público

La representante de la sociedad indica que, aunque los cargos formulados por el recurrente no están llamados a prosperar, solicita a la Sala la casación oficiosa, pues, si bien se configuran los elementos objetivos del punible de administración desleal, esto es, la infracción de deberes funcionales y la existencia de un perjuicio, ellos no son suficientes para la comisión dolosa, al no probarse el «*ánimo específico de deslealtad*», en detrimento de las funciones encomendadas, que diera lugar a causar un daño concreto.

En cuanto al primer cargo expresa que, a la luz de la línea jurisprudencial de la Corte relacionada con la congruencia flexible, el ente instructor en el escrito de acusación indicó los fundamentos fácticos y jurídicos de la comisión de dos conductas: de una parte, la administración desleal y de otra, el alzamiento de bienes y, al verificar el registro de la audiencia de verbalización, se verificó el cumplimiento de todos los presupuestos exigidos por el legislador y que garantizaron la observancia del debido proceso.

En lo tocante al tercer cargo, considera que los elementos materiales probatorios incorporados al juicio oral por la víctima gozan de plena validez y valor demostrativo y, para el efecto, cita precedentes de esta Sala (radicados 43162 y 48175).

En el segundo cargo solicita a la Corte precisar que, por el ámbito de protección de la norma, el alcance del perjuicio establecido en el artículo 250B del Código Penal, no solo hace relación al sentido de saldo negativo contable, sino que allí también puede introducirse, la disminución patrimonial por un fin no autorizado o contrario a los intereses del administrado y que se requiere la deslealtad y la violación de los deberes de la administración, acompañada del dolo.

En el caso concreto, si bien existieron actos propios de la administración, ellos no cumplieron las expectativas de uno de los socios, debido a que la operación de devolución del bien no observó las cuantiosas inversiones hechas en el inmueble.

No obstante, la representante del Ministerio Público dijo apartarse del criterio del Tribunal, pues, considera que la dación en pago no corresponde a una administración nefasta, al no perjudicar el patrimonio de la sociedad.

Por último, alude la ausencia de un dolo específico relacionado con la administración desleal, situación por la que depreca a la Corte casar la sentencia recurrida.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Precisión inicial y delimitación del problema jurídico

5.1.1 La Sala ha sostenido que cuando la demanda de casación ha sido admitida, le corresponde examinar de fondo los problemas jurídicos propuestos por el recurrente, con independencia de los defectos de forma que puedan exhibirse en su formulación.

Esto, atendiendo el derrotero según el cual, asumido su trámite, se entienden superados los defectos de orden formal que pueda contener, con el fin de verificar la legalidad de la decisión judicial y garantizar la realización de los fines del recurso.

5.1.2 Por otra parte, el libelo en el asunto de la especie se declaró formalmente ajustado en garantía del derecho a impugnar la primera condena de que trata el Acto Legislativo n.º 01 de 18 de enero de 2018²³, habida cuenta que el fallo de segunda instancia revocó la absolución dispuesta por el *a quo* y, por primera vez, declaró la responsabilidad penal de **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** en el punible de administración desleal agravada.

En tal virtud, la Corporación verificará, no sólo si los cargos elevados por el actor están llamados a prosperar, sino también, de ser aquellos descartados, la materialidad y el fundamento de la condena emitida en segundo grado.

²³ *Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.*

5.1.3 El problema jurídico principal que afronta la Corte se circunscribe a determinar si la dación en pago que **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO**, actuando en su condición de gerente y representante legal de la Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A., efectuó a **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, socia y miembro de la junta directiva de la misma entidad, respecto del lote de terreno identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623, actualiza el tipo de administración desleal previsto en el artículo 250B del Código Penal.

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

5.2 Del punible de administración desleal

5.2.1 Antecedentes

Además de ciertos instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano²⁴, nuestro país cuenta

²⁴ Por ejemplo: (i) la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), incorporada por la Ley 412 de 1997; (ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por la Ley 970 de 2005, por la cual se aprueba la CNUCC en Colombia; y, (iii) la Convención de las Naciones Unidas

desde 1995 con una codificación –Ley 190²⁵– consagratoria de medidas tendientes a luchar contra la corrupción.

En el año 2011, con el ánimo de actualizar la normatividad frente a novedosos contextos delictivos que comprometen el indebido manejo y apropiación de recursos públicos y a hacer frente a aquel fenómeno criminal, extendido al ámbito privado, sobre todo en el ejercicio empresarial, el legislador expidió la Ley 1474²⁶, comúnmente conocida como Estatuto Anticorrupción.

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

Dentro de las segundas y para lo que al asunto *sub examine* interesa, se encuentra la tipificación de conductas punibles cometidas en el escenario societario o corporativo:

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada mediante la Ley 800 de 2003, la cual establece en su artículo 8 la obligación para los Estados parte de «penalizar la corrupción».

²⁵ Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

²⁶ 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.

corrupción privada, administración desleal, utilización indebida de información privilegiada, evasión fiscal y acuerdos restrictivos de la competencia (artículos 16, 17, 18, 21 y 27 que, respectivamente, adicionaron y modificaron el Código Penal en sus artículos 250A, 250B, 258, 313 y 410A).

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

«Administración desleal. El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en [...]»

En la exposición de motivos de la anunciada Ley (Proyecto de Ley n.º 142 de 2010 Senado²⁷), presentado a iniciativa del Gobierno Nacional a través del entonces Ministerio del Interior y de Justicia, frente al punible de administración desleal, se lee:

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

La corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público, en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno. En este

²⁷ Gaceta del Congreso n.º 607 de septiembre 7 de 2010, págs. 17 y 18. Proyecto de Ley n.º 174 de 2010 Cámara.

sentido, este proyecto plantea una política de cero tolerancia a la corrupción a través de diversas medidas que permitan al Estado no solamente ejercer una represión del fenómeno, sino también hacer un llamado preventivo general a que las personas que piensan incurrir en un acto de corrupción desistan de tal finalidad:

(...)

D. Se consagran nuevas conductas punibles relacionadas con la corrupción en el sector privado, es decir, los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares.

En este sentido, se consagra como nuevo tipo penal la corrupción privada y seguidamente el delito de administración desleal. El modelo para la consagración de estos delitos es la legislación española, pues en la misma se ha consagrado tradicionalmente el delito de administración desleal desde el Código Penal de 1995, mientras que el delito de corrupción privada está tipificado en la Ley Orgánica 010 de 2010 que reformó la legislación punitiva de ese país.

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

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

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

5.2.2 Origen del ilícito en el derecho comparado

De la revisión del Proyecto de Ley n.º 142 de 2010 Senado, en su trámite, discusión, conciliación y aprobación en Senado y Cámara²⁸, se advierte que el órgano legislativo patrio, más allá de la modificación en el *quantum* punitivo (para aumentarlo), no efectuó variación alguna respecto de los contornos de la estructura típica del punible de administración desleal propuesto por el gobierno, el que guarda correspondencia con el tipo penal homólogo instituido en la legislación española, extraído de la Ley Orgánica 10 de noviembre 23 de 1995²⁹ (Código Penal).

En el país ibérico, la arquitectura original de aquella infracción establecía³⁰:

Artículo 295. Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con (...).

²⁸ Trámite consultado en: <https://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/137-proyecto-de-ley-no-142-de-2010-senado-174-de-2010-camara-proyecto-de-ley-por-la-cual-se-dictan-normas-orientadas-a-fortalecer-los-mecanismos-de-prevencion-investigacion-y-sancion-de-act> y <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/142-por-la-cual-se-dictan-normas-orientadas-a-fortalecer-los-mecanismos-de-prevencion-investigacion-y-sancion-de-actos-de-corrupcion-y-la-efectividad-del-control-de-la-gestion-publica-anticorrupcion>.

²⁹ En vigor, a partir del 24 de mayo de 1996.

³⁰ Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=448&tn=1&p=19951124#a295>

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

No obstante, esta norma fue suprimida por el artículo único ciento sesenta de la Ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015³¹, convirtiéndose, por virtud del artículo único ciento veintiocho *ibidem*, en el artículo 252 (ahora en el capítulo VI *de la administración desleal*, del mismo Título XIII), así:

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

Vale decir, pasó de ser delito societario, a infracción contra el patrimonio, de la que puede ser víctima cualquiera que confiera a otro la administración de su patrimonio³².

³¹ En vigor, a partir del 1 de julio de 2015.

³² En el preámbulo de la ley, se lee:

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

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

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

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

Por ejemplo, en sentencia de casación STS 3533/2020 de 21 de octubre³³ (Cfr. igualmente, entre otras, STS 4273/2017 de noviembre 29³⁴), explicó³⁵:

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

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

las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado.

³³ Cfr. n.º de recurso 2965/2018; n.º de resolución 528/2020.

³⁴ Cfr. n.º de recurso 753/2017; n.º de resolución 772/2017. <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/182a61456734a9fd/20171213>

³⁵ Consultada en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/aca3d49891f7471c/20201110>

2º La acción nuclear es doble: o bien la disposición fraudulenta de los bienes o también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad. De tal forma que el legislador ha previsto dos modalidades alternativas de la acción en las que deben plasmarse la administración desleal, siendo válida cualquiera de ellas para cometer el delito, sin que sea preciso que ambas aparezcan simultáneamente en el caso concreto (tipo mixto alternativo).

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

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

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

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

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

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

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir

“depositantes”), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo (SSTS 121/2008 del 26 febrero, 374/2008 del 24 junio).

5º Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido: basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.

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

5.2.3 Análisis dogmático

5.2.3.1 Tipo objetivo

5.2.3.1.1 Bien jurídico tutelado

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

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

Ahora, lo que no resulta pacífico es la naturaleza del desmedro patrimonial al que la norma pretende brindar protección jurídico penal, asunto que en España mereció amplio debate doctrinal³⁶, luego trasladado al escenario judicial³⁷.

Con todo, como acaba de verse, el Tribunal Supremo de ese país parece convenir en que, en el punible de administración desleal, es dable considerar que el patrimonio protegido por el legislador consiste, tanto en el adjudicado al sujeto pasivo descrito en la infracción delictiva, como en el de la sociedad, pues, «*no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación*» (Cfr. sentencia STS 916/2010 de 15 de febrero³⁸).

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

³⁶ Con relación al original artículo 295 del Código Penal de 1995, en la doctrina española se escucharon voces divididas en torno al tópico, al punto que se defendieron posturas del siguiente calado: (i) el patrimonio protegido es, por igual, el de la sociedad y el de los demás sujetos pasivos enumerados en el tipo penal; (ii) debe excluirse de resguardo al patrimonio social y circunscribir como protegido, el patrimonio de los sujetos puntualizados en la norma; y (iii) ha de protegerse el patrimonio en sentido lato, esto es, sin referencia a algún sujeto concreto y sin responder con exactitud a la pregunta de a quién pertenece ese patrimonio. Una aproximación al tema puede leerse en VERA RIVERA, M., *El delito de administración desleal: criterios de política criminal, fundamentación del injusto y análisis de la tipicidad objetiva*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal. 2017, pp. 284 a 288. Consultada en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/43599/1/T39008.pdf>.

³⁷ Esto se explica en tanto decisiones de diversas Audiencias Provinciales, se cimentaron en posiciones antagónicas.

³⁸ Cfr. n.º de recurso 1488/2009; n.º de resolución 91/2010.

individualmente considerados al interior de una sociedad, sin menoscabar el haber social. No podría efectuarse un ataque a los intereses de los socios, sin configurar una agresión del patrimonio social.

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

Para ahondar en razones bien puede acudirse, como método de interpretación, a la intención o espíritu del legislador³⁹ en la incorporación del artículo 250B al Código Penal, para de él concluir que, aun cuando el tipo penal solo refiere el perjuicio a los socios, no puede desconocerse que en la exposición de motivos se señaló que la delincuencia de administración desleal estaba ligada a un acto desviado, que origina «*perjuicio al ente al cual se representa o en el cual se labora*» [subrayado por la Sala].

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

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

³⁹ Código Civil. Artículo 27: *Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.*

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

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

Sobre la manera de definir los bienes jurídicos tutelados, la doctrina ha reconocido que, generalmente, el interés jurídico tutelado aparece instituido en los títulos y capítulos que agrupan los delitos, pero, en veces, es el intérprete quien debe identificarlo

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

A veces ocurre que el tipo comprende más de un bien jurídico (p. ej. En el “secuestro” de una persona para pedir rescate (...) entran en juego los bienes jurídicos de la propiedad y de la libertad); en esos casos la tipicidad de la conducta que se examina (...) dependerá del bien jurídico preponderantemente afectado por la conducta del agente, lo cual será materia de interpretación en cada caso particular.⁴⁰

⁴⁰ CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general. 5ª edición. Editorial Astrea. Universidad del Rosario. Buenos Aires, Bogotá. 2012. P. 194–195.*

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

En el asunto de la especie, tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de administración desleal, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico, pero, a la par, se advierte un bien jurídico colectivo, orientado a la tutela de intereses supraindividuales, entre otros, el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles, la estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico y económico como motor de desarrollo del país y la fiabilidad de la buena marcha de las sociedades en el marco de la economía de mercado, todos ellos dirigidos a garantizar el buen orden del sistema económico.

Por contera, se considera que a la protección del patrimonio (insístase, de la sociedad y/o de los socios), no se arriba a través de simples intereses individuales o particulares, sino que, evidentemente concurren intereses colectivos, referidos, en sentido amplio, al orden económico social. Así, la lesión del patrimonio individual supera el interés de los socios y coloca en peligro el orden socioeconómico.

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

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

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

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

Un primer instrumento jurídico que resulta útil es la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, incorporada mediante la ley 412 de 1997⁴¹ (...)

⁴¹ Respecto de la que se lee en la página web del observatorio anticorrupción y de integridad en Colombia “[l]a Convención Interamericana Contra la Corrupción constituye el primer compromiso internacional para la promoción del buen gobierno y el sistema más amplio de cooperación contra la impunidad. Fue firmada por 22

Otro instrumento jurídico que sirve para determinar qué actos punibles implican corrupción es la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, aprobada mediante la ley 970 de 2005⁴² (...)

Como resultado de la exigencia de tipificación penal de aquellas conductas que implican corrupción de acuerdo con la Convención firmada en el seno de las Naciones Unidas, el Estatuto contra la Corrupción –ley 1474 de 2011–, consagró un capítulo específico para las medidas penales que se implementarían en contra de la corrupción pública y privada. Dentro de este capítulo adicionó tipos penales existentes en el actual código penal, como son (...).

Creó nuevos tipos penales como el delito de corrupción privada – artículo 16; la administración desleal –artículo 17– (...)

Y, finalmente, modificó tipos existentes como (...)

Adicionalmente, resalta la Sala que la determinación sobre si un hecho punible es un acto de corrupción deberá tener en cuenta que durante los debates legislativos del ahora Estatuto Anticorrupción se expresó la intención de consagrar como actos de corrupción, no sólo las formas tradicionales de atentar contra la administración pública y el patrimonio público sino, todos los delitos relacionados con actividades que constituyen corrupción; en este sentido se manifestó que “[l]a corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no

países de la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas, después de su discusión y redacción por el "Grupo de Expertos" que funcionó en la OEA, Washington D.C., durante 1995. Constituye un marco de referencia regional, concentrado en el desempeño del sector público y sus funcionarios. Fue ratificada por Colombia mediante la Ley 412 de 1997. Los antecedentes más importantes de la convención fueron la Cumbre de Presidentes de las Américas, organizada en Miami, en diciembre de 1994 y la "Primera Conferencia Mundial de Ética en el Gobierno", desarrollada en Washington D.C. en noviembre del mismo año". Información tomada el 06 de junio de 2013 de <http://www.anticorrupcion.gov.co/educacion/Normatividad.aspx>

⁴² Respecto de la que se lee en la página web del observatorio anticorrupción y de integridad en Colombia “Firmada en diciembre de 2003 y ratificada por Colombia mediante la Ley 970 de 2005. Busca que los países firmantes adopten políticas severas contra el soborno. Hace referencia explícita a la importancia de incluir al sector privado en la lucha contra la corrupción. Exige que los países tipifiquen como delito una amplia gama de actos de corrupción, cuando no lo establece así su derecho interno. Si bien esta tipificación en algunos casos es obligatoria y en otros es optativa, la obligatoriedad incluye conductas tales como el soborno (incluyendo la “propina” al policía de tránsito para evitar una multa), la malversación o el peculado de fondos públicos, así como el blanqueo del producto de la corrupción y la obstrucción de la justicia. Igualmente se exhorta a que los países consideren la posibilidad de penalizar el tráfico de influencias y el encubrimiento del producto de la corrupción. Hace énfasis en la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas. Y centra en la prevención y en el trabajo colaborativo entre las naciones dos ejes del combate a la corrupción”. Información tomada el 06 de junio de <http://www.anticorrupcion.gov.co/educacion/Normatividad.aspx>

solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público [podría entenderse: privado], en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno⁴³.

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

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

Más allá de la corrección o no, en lo atinente a la ubicación del injusto de administración desleal en la estructura del Código Penal, debate que desbordaría el análisis dogmático propuesto, lo cierto es que el objeto indiscutible de la ley en comento es la adopción de medidas necesarias para prevenir, investigar, sancionar, mitigar y erradicar las dinámicas sociales anejas a la corrupción, tanto en el sector público, como en el ámbito privado⁴⁴.

Por tanto, a voces del Alto Tribunal Constitucional y del propio legislador de 2011, también habría de admitirse como

⁴³ Ponencia para debate en Comisión Primera de Senado de la República, en Gaceta del Congreso n. 784 de 19 de octubre de 2010.

⁴⁴ En el Código Penal español, al interior del Título XIII Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, Capítulo XI De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, se encuentra la Sección 4ª intitulada Delitos de corrupción en los negocios (artículos 286 Bis a 286 quater).

bien jurídico protegido a la administración pública, «*en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos*».

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

(i) es de naturaleza pluriofensiva;

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

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

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

5.2.3.1.2 Sujeto activo

La administración desleal es una conducta de sujeto activo *cualificado*, habida cuenta que solo⁴⁵ la cometen quienes, dentro de una sociedad constituida o en formación, actúen en calidad de: (i) administrador de hecho o de derecho; (ii) socio; (iii) directivo; (iv) empleado; o, (v) asesor.

⁴⁵ No obstante, no pueden descartarse figuras jurídicas como la del interviniente, para el agente que, sin cumplir los requisitos exigidos para ser autor, reúna los presupuestos del inciso final del artículo 30 del Código Penal, o la de actuar por otro (inciso tercero del artículo 29 *ibidem*).

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

En lo tocante al administrador, aun cuando la ley no brinda una definición al respecto⁴⁶, bien puede considerarse a todo aquel encargado de la gestión social, esto es, la persona que dirige la actividad societaria, administra los bienes y negocios ajenos –en este caso de la sociedad– y la representa ante terceros.

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

⁴⁶ Con todo, el artículo 196 del Código de Comercio, establece:

Funciones y limitaciones de los administradores. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros.

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995⁴⁷ dispone que son administradores: (i) el representante legal; (ii) el liquidador; (iii) el factor; (iv) los miembros de juntas o consejos directivos; y, (v) quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

Será *de hecho*⁴⁸ el administrador que, en la realidad del tráfico jurídico y mercantil, ejerza sin título las funciones propias de administración de la sociedad, o aquellos de los que se predique alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito, expirado, etc.

Como antecedente legislativo, el artículo 29 del Código Penal, contempla la figura así: «... También es autor quien

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Frente a la figura del administrador de hecho, el Tribunal Supremo de España, en la ya citada sentencia STS 3533/2020, explicó:

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

La STS 59/2007, de 26-1, considera administrador de hecho “a quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que manda en la empresa ...” y la STS 816/2006, de 26-6, nos dice que “... se entenderá penalmente hablando que es administrador de hecho toda persona que, por sí sola o con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de la sociedad, y concretamente las expresadas en los tipos penales”.

actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo».

Y el párrafo del precepto 27 de la Ley 1258 de 2008⁴⁹, en lo correspondiente a las sociedades por acciones simplificadas, dispone: *«Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores».*

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

Pero, en tratándose de los asesores o empleados, el asunto no resulta del todo claro, toda vez que, en principio, estos no ejercen labores de gestión social, ni de ellos se predicen los mismos deberes y prerrogativas de los órganos de administración o representación, salvo que se demuestre que son quienes, a la sombra, gobiernan y direccionan la

⁴⁹ *Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.*

sociedad; solo que, con el ánimo de encubrir al verdadero administrador, se mimetizan en la estructura societaria en cargos de menor nivel.

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

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

En este apartado es importante advertir que el artículo 250B del Código Penal se refiere a quienes actúan en el ámbito de las sociedades mercantiles –elemento normativo–. Ello se infiere de la distinción que en el mismo texto del Estatuto Anticorrupción se hizo para el punible de *corrupción privada* (precepto 250A *ibidem*), en el que se precisó que la conducta puede ser cometida por directivos, administradores, empleados o asesores de *sociedades, asociaciones o fundaciones*.

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

Dentro de estas últimas habría de considerar: *a)* las que, en estricto sentido, se hallan en formación, en otras palabras, las que existen durante el tiempo transcurrido entre el acto constitutivo de la sociedad y el de la inscripción en el registro mercantil; y, *b).* las irregulares, constituidas por escritura pública, pero que actúan sin permiso de funcionamiento, requiriéndolo (artículo 500 del Código de Comercio)⁵⁰.

5.2.3.1.3 Sujeto pasivo

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

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

⁵⁰ Aunque el Código de Comercio en su artículo 498 también relaciona las sociedades *de hecho*, las mismas no se constituyen por escritura pública, por ende, no son persona jurídica y no estarían cubiertas por alguna de las categorías descritas en la norma prohibitiva.

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

5.2.3.1.4 Elementos constitutivos de la conducta

5.2.3.1.4.1 El injusto de administración desleal descrito en la oración gramatical del artículo 250B, es de conducta mixta alternativa, en la medida que se han previsto dos modalidades delictivas: (i) disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad, o (ii) contraer obligaciones a cargo de la sociedad. Cualquiera de ellas, por sí sola, configura el tipo penal.

5.2.3.1.4.1.1 Una de las acepciones que el Diccionario de la Lengua Española enlista para el verbo *disponer* es «ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute»⁵¹.

Lo anterior significa que, en el ámbito de las facultades gestoras concedidas por efecto de la relación existente entre administrador y sociedad, los actos de disposición implican

⁵¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es/disponer?m=form>> [fecha de consulta: 18 de junio de 2021].

la modificación o extinción de un derecho o de una relación jurídica con incidencia en el activo patrimonial.

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

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

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

Por otra parte, la norma exige que la disposición de los bienes sea *fraudulenta*, vale decir, con notoria deslealtad a la hora de su administración, en contravía del principio de confianza; en términos generales, con fraude⁵²: a través de acciones contrarias a la verdad y a la rectitud, que perjudican a la sociedad y a los socios, contra quien se comete.

⁵² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es/fraude?m=form>> [fecha de consulta: 18 de junio de 2021].

5.2.3.1.4.1.2 La segunda modalidad de conducta se refiere a la contratación de obligaciones a cargo de la sociedad. Contraer, según el Diccionario de la Lengua Española es «*asumir una obligación o un compromiso*»⁵³.

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

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

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

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

⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es/contrajer?m=form>> [fecha de consulta: 18 de junio de 2021].

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

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

Así, el inciso primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995⁵⁴, establece como deberes generales o principios de

⁵⁴ Con el propósito de compilar las principales instrucciones generales que en materia legal emite, la Superintendencia de Sociedades ha expedido múltiples *Circulares Básicas Jurídicas*, en las cuales se incluye la aludida disposición y se explican cada uno de esos deberes. El más reciente acto administrativo de esa estirpe corresponde a la Circular Externa n.º 100000005 de noviembre 22 de 2017. Sólo se transcribe lo dicho en su Capítulo V frente a los deberes generales, así:

2. Principios y deberes que orientan la conducta de los administradores.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 hace imperativo para los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

De acuerdo con lo anterior, los siguientes son los principios y deberes que deben orientar la conducta de los administradores:

A. Buena fe:

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

B. Lealtad:

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se

actuación de los administradores: «*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*».

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

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*

beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, de manera que resulta claro que si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última.

C. Diligencia de un buen hombre de negocios:

Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.

La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas [negrilla original del texto].

6. *Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*

7. *Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.*

5.2.3.1.4.3 Se trata de un tipo de resultado material – de lesión– porque, exige para su configuración la causación o producción de un perjuicio patrimonial o económicamente evaluable, como consecuencia de cualquiera de las modalidades comportamentales descritas en la norma, que disminuyen el activo o aumentan el pasivo social.

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

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

5.2.3.1.5 Objeto material

El objeto material lo constituyen los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio societario sobre los

que se ejerce de manera abusiva las facultades de administración.

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

5.2.3.2 Tipo subjetivo

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

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

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

Por otra parte, la modalidad dolosa establecida para la delincuencia de administración desleal descarta las actuaciones simplemente negligentes, culposas o con

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

5.3 Del caso concreto

Con la finalidad de verificar el cometimiento de la conducta punible atribuida a **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, en su condición de administradoras de la Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A., imperioso resulta memorar el contexto en que la misma se desarrolló, el cual se deriva de los hechos jurídicamente relevantes expuestos por la fiscalía desde la imputación de cargos.

De ellos se extrae que, JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** contrajeron matrimonio el 20 de diciembre de 1986⁵⁵.

El 25 de agosto de 1997, en vigencia de esa sociedad conyugal, **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** adquirió un lote de terreno localizado en la carrera 15 n.º 14-30/36 de la

⁵⁵ Acto registrado el 16 de enero de 1989 ante la entonces Notaría Única del Círculo de Valledupar. *Cfr.* Folio 52, C.O. n.º 1.

ciudad de Valledupar, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623⁵⁶.

El 10 de noviembre de 2010⁵⁷, ese inmueble pasó a conformar el patrimonio de la Clínica –sociedad anónima comercial constituida el 10 de enero de 2008⁵⁸ por los aludidos cónyuges y sus hijos–, negociación que se hizo por la suma de \$240.000.000,00, pagadera en el término de tres años.

Sobre ese predio se construyó el edificio⁵⁹ que serviría al propósito principal de la sociedad que, desde su constitución, se compendió en la actividad principal código «8610 actividades de hospitales y clínicas, con internación»⁶⁰ y se explicó, así⁶¹:

El ejercicio de la medicina en el área de oncología, radioterapia, medicina nuclear; Ejercicio de la medicina en general, en los primero, segundo, tercero y cuarto nivel de atención, actividades de prevención y promoción, actividades de aseguramiento en salud, importación y exportación de medicamentos, elementos y equipos médicos y todo lo relacionado con el área de salud, actividades de auditor[í]a y asesoramiento, actividades diagnósticas tales como radiología, simulación, planificación, resonancia magnética nuclear, ecografía, tomografía y mamografía, la prestación de servicios de salud relacionado con la salud humana tales como: Consulta m[é]dica general, Odontología general, Ginecología, Pediatría, Medicina interna, Ortopedia, Traumatología, Cirugía general, Psiquiatría, Terapia física, Terapia respiratoria, Psicología, Trabajo social, Enfermería, nutrición

⁵⁶ Cfr. Escritura Pública n.º. 2892 de la Notaría Primera del Círculo de Valledupar. Folios 160 y 161, *ib.*

⁵⁷ Cfr. Escritura Pública n.º. 3223 de la Notaría Primera del Círculo de Valledupar. Folios 146 y 147, *ib.*

⁵⁸ Cfr. Escritura Pública n.º. 36 de la Notaría Primera del Círculo de Valledupar. Folios 53 a 69, *ib.*

⁵⁹ Cfr. Formulación de imputación. Récord 2014-01136, minutos 06:20 a 06:40. También, testimonio de JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND en sesión de audiencia de juicio oral de 24 de julio de 2017.

⁶⁰ Cfr. Folio 152 (frente), *ib.*

⁶¹ Cfr. Folio 69 (reverso), *ib.*

dietética, la Optometría, Fonoaudiología; la prestación de servicios de Laboratorio Clínico General, Especializado, Básico y Citológico; la Medicina Alternativa; la compra, venta y suministro de drogas; la realización de estudios, investigaciones, conferencias, seminarios, talleres, consultorías y demás actividades que tengan relación directa o indirecta con el ejercicio de la medicina en general; la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios profesionales con entidades públicas, privadas, nacionales e internacionales.

El 15 de marzo de 2013, **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** instauró demanda de separación de bienes conyugales en contra de JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND.

Por acta n.º 01 del 21 del mismo mes y año⁶², la junta directiva de la Clínica, conformada por los esposos y por su hija MARÍA MÓNICA FERNÁNDEZ DE CASTRO RODRÍGUEZ, ante proposición de **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, destituyó a FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND como gerente y representante legal y seguidamente designó en ese cargo a **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO**.

Inscrito el nombramiento en el registro mercantil al día siguiente⁶³, el 5 de abril de 2013, **ARIZA OLIVERO**, en su condición de gerente de la Clínica, a través de la figura de dación en pago y por escritura pública n.º 834, protocolizada en esa calenda ante la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá⁶⁴, «*para saldar totalmente la obligación dineraria*» contraída con ocasión de la compra del bien raíz identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º 190-10623,

⁶² Cfr. Folios 154 a 158, *ib.*

⁶³ Cfr. Folio 151 (reverso), *ib.*

⁶⁴ Cfr. Folios 164 a 179, *ib.*

transfirió a **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** los derechos de propiedad y posesión sobre él.

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

El 6 de septiembre de 2013⁶⁵, **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, única accionista y representante legal de la sociedad Clínica Buenos Aires S.A.S., a título de aportes en especie, transfirió a esa entidad el referido inmueble por un valor de \$260.938.000,00.

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

Para empezar a dar respuesta a la fiscalía, dígase que, con independencia de que la sociedad Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A., hubiere sido concebida en un principio como un proyecto familiar, ello resulta irrelevante para la actualización del tipo penal de administración desleal.

Desconoce el delegado del ente instructor que las sociedades familiares constituyen un altísimo porcentaje de las empresas a nivel mundial, circunstancia que las convierte

⁶⁵ Cfr. Escritura Pública n.º. 2583 de la Notaría Segunda del Círculo de Valledupar. Folios 132 a 137, *ib.*

en la columna vertebral de la economía y agentes activos de la realidad socioeconómica de un país.

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

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

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

Ello fue lo ocurrido al interior de la Clínica.

Al parecer, debido a diferencias irreconciliables entre los esposos, **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** solicitó por la vía judicial la separación de bienes conyugales en contra de JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND.

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

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

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

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

en el solo papel a la Clínica, como mero registro histórico de su existencia como sociedad mercantil.

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

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

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

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

Ciertamente, el juicio de tipicidad objetiva exigía a la judicatura la observación de la normatividad societaria.

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

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

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

El proceder de **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** no satisfizo las exigencias de la actividad societaria, con la finalidad de ejecutar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa.

La diligencia del «*buen hombre*» de negocios lleva implícito el deber de informarse suficientemente antes de

tomar determinaciones que impliquen contravención al propósito social, razón por la cual, el administrador ha de asesorarse e indagar, así como discutir decisiones trascendentales con los órganos de administración colegiada. Ello no sucedió en el asunto de la especie.

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

Una muestra indiscutible del obrar fraudulento y con abuso de las funciones del cargo se percibe en el hecho de que una de las funciones de la junta directiva de la Clínica consistía en «5. *Autorizar al gerente para comprar, vender o gravar bienes inmuebles y para celebrar los contratos que celebre la empresa en desarrollo de su objeto social*»⁶⁶.

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

Diciente asoma el hecho que, para comprar el predio, la junta directiva se reunió con ese fin el 9 de noviembre de

⁶⁶ Cfr. Folio 168 (reverso), C.O. n.° 1.

2010 y así se autorizó a través de acta n.º 006⁶⁷ pero, para enajenarlo a través del negocio jurídico de dación en pago, no se haya actuado de la misma forma.

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

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

Y, aún de reconocer que el Tribunal acudió a la Ley 1116 de 2006⁶⁸ como fundamento de responsabilidad, particularidad que en verdad no se desprende de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, la intrascendencia de aquel yerro no demerita la condena atribuida, pues, en todo caso, ella se cimentó en el adecuado examen de los deberes que por ley está obligado a observar todo administrador societario, normatividad mercantil que simplemente da completitud al tipo penal, sin que de dicho análisis pueda predicarse modificación del marco fáctico por el juez colegiado.

⁶⁷ Cfr. Folio 145 (frente), *ib.*

⁶⁸ Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

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

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

Ahora, viene diciéndose que el accionar de **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, en la práctica, hirió de muerte a la sociedad Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A.

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

De acuerdo con el artículo 60 del Estatuto Tributario, «*son activos fijos o inmovilizados los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente*»⁶⁹ [subrayado fuera de texto].

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

*Los “activos fijos” son definidos desde el punto de vista contable como “[l]as propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año”.*⁷⁰ [subrayado en esta oportunidad].

En ese contexto, acorde con la definición técnica de las ciencias económicas, se corrobora que los «*activos fijos o inmovilizados*», entre otros, son aquellos bienes inmuebles que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios, toda vez que se adquieren para usarlos de forma duradera en el ejercicio de su actividad.

Entonces, si en el caso concreto existe claridad en que la Clínica funcionaba en el lote de terreno y el edificio en él

⁶⁹ Frente al punto, pueden examinarse las providencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, entre otras: 21 de mayo de 2020. Exp. 22207; 2 de agosto de 2017. Exp. 20952; 7 de marzo de 2018. Exp. 20707; y 23 de noviembre de 2017. Exp. 21184.

⁷⁰ Ver artículo 64 del decreto 2649 de 1993 “Por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”.

levantado, ninguna duda emerge de su condición de activo fijo.

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

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

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

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

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

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

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

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

Agréguese que, superando la incorrección del demandante al hacer alusión a elementos materiales probatorios para justificar el reproche ante esta sede, temática que escapa a la discusión de estricto orden jurídico que la causal primera de casación impone, en el libre

escrutinio del conjunto probatorio, que en examen de doble conformidad judicial efectúa la Sala, tampoco le asiste razón al actor.

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

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

En primera medida, a pesar que la prueba documental de cargo fue incorporada al plenario a través de quien se ha reconocido en este trámite como víctima, es preciso advertir que ello no comporta vicio alguno de legalidad, como quiera que, la que en estricto sentido sirvió para derivar responsabilidad en contra de **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, esto es, escrituras públicas, folios de matrícula inmobiliaria, registros mercantiles y los actos inscritos en él y la declaración de renta de la Clínica para el año gravable 2012, cuya gestión estuvo a cargo de JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND, por su naturaleza goza de la presunción de autenticidad⁷¹.

⁷¹ Artículo 425 de la Ley 906 de 2004.

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

Ahora, aunque le asiste razón al recurrente cuando, por ilegal, solicita la exclusión de la documental relacionada con las declaraciones de renta de la sociedad Clínica Buenos Aires S.A., constituida por **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, toda vez que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 583 del Estatuto Tributario, se trata de información reservada de la cual se requería intervención del juez con función de control de garantías, a efecto de legalizar la búsqueda selectiva en base de datos e impartir control a sus resultados⁷² –trámite constitucional no acreditado–, la expulsión de esos elementos materiales probatorios del conjunto recaudado en nada modifica la decisión adoptada.

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

Sin embargo, lo primero se corrobora con la sola escritura pública n.º 834, protocolizada el 5 de abril de 2013

⁷² Artículo 244, *ib.*

ante la Notaría Treinta y Nueve del Círculo de Bogotá y su correspondiente inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.

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

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

Si la fiscalía logró probar que **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, con abuso de las funciones del cargo de administradoras de la Clínica, actuaron en beneficio de la última, de nula utilidad resultan las declaraciones de renta de la sociedad constituida por **RODRÍGUEZ FUENTES**, pues ello sólo acreditaría el monto del beneficio.

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

En lo concerniente al «*falso juicio de convicción*», básicamente se reprocha que el Tribunal Superior hubiera determinado el costo del inmueble dado en cesión por **MÓNICA**

BEATRIZ ARIZA OLIVERO a ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES –y de paso la afectación patrimonial–, a partir de un avalúo comercial de la Clínica, elaborado en el año 2011 por un arquitecto, para ser utilizado en un proceso civil.

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

Al hilo del registro de la sesión⁷³ de audiencia de juicio oral, por el juez de conocimiento se indicó⁷⁴:

La defensa ha planteado un debate con respecto a la exhibición del documento que pretende exhibirle la fiscalía al testigo [alude a JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND] y que se refiere a un avalúo que se realizó sobre el predio identificado con la matrícula inmobiliaria 190 10623. En efecto y atendiendo el principio de preclusión, encontramos que la discusión se dio en la audiencia preparatoria, quedó zanjada en ese mismo momento y por ende se va a permitir la exhibición del documento. Ahora, lo que sí vamos a permitir es que simplemente ese documento se exhiba para acreditar el hecho particular que ha referenciado el señor abogado, que se refiere básicamente que él solicitó un avalúo y producto de esa solicitud, se expidió un documento que él utilizó en un proceso civil. El contenido del documento, en sí, el despacho no lo va a tener en cuenta tal y como lo señaló el señor defensor, en cuanto a una prueba pericial. Simplemente, con ello voy a acreditar o se va a acreditar de que él solicitó un avalúo, se expidió un documento con referencia a esa solicitud y que hubo esa petición en concreto, que se utilizó en un proceso civil. ¿Entendido señor defensor? Entonces vamos a permitir solo la exhibición de ese documento con esa finalidad concreta. No con acreditar de que

⁷³ De fecha 24 de julio de 2017.

⁷⁴ Cfr. Récord 2016-00802-04, minutos 37:40 a 39:21.

efectivamente si el bien costaba o no costaba lo que dice ahí, sino que él hizo una solicitud de un avalúo y se expidió un documento con respecto a eso, que dio cuenta de un valor concreto. ¿Entendido? Para que quede claridad y así se va a dejar por sentado cuando llegue el momento de hacer la valoración probatoria de que ese documento es simple, única y llanamente con esa finalidad que se ha resaltado con antelación.

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

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

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

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

Recuérdese que, en noviembre de 2010, el terreno fue vendido por **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** a la Clínica

JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A. por la suma de \$240.000.000,00. Casi tres años después, el bien raíz fue justipreciado por las procesadas en idéntico valor.

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

Ese último valor coincide con aquel dado como aportes en especie⁷⁵ por **RODRÍGUEZ FUENTES** a la Clínica Buenos Aires S.A.S., de la que era su única accionista.

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

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

⁷⁵ Cfr. Escritura Pública n.º. 2583 de 6 de septiembre de 2013 protocolizada ante la Notaría Segunda del Círculo de Valledupar. Folios 132 a 137, C.O. n.º 1.

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

Ello se verifica, por ejemplo, cuando el 10 de diciembre de 2013, la Clínica Buenos Aires S.A.S. dio en prenda sin tenencia al Banco de Occidente S.A., múltiples elementos e instrumentos médicos⁷⁶, antes relacionados por la Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A. frente a contrato de la misma estirpe⁷⁷, equipos que debían permanecer ubicados en la carrera 15 n.º 14-36 de la ciudad de Valledupar, vale decir, el domicilio social de la Clínica perjudicada, que pasó a ser el de la sociedad por acciones simplificadas de la procesada **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**.

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

Pero, resulta más dicente la afectación patrimonial de la sociedad y de los socios, el hecho que para el año gravable 2012, la Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A. hubiere reportado ante la DIAN en su declaración de renta y complementarios⁷⁸, la suma de \$12.091.159.000,00 por concepto de *activos fijos*.

⁷⁶ Cfr. Folio 130 (frente), *ib.*

⁷⁷ Cfr. Folio 150 (reverso), *ib.*

⁷⁸ Cfr. Folio 148, *ib.*

Se confirma entonces lo endilgado por la fiscalía desde la audiencia de formulación de imputación⁷⁹, en el sentido que la dación en pago se efectuó por un irrisorio valor frente al avalúo del inmueble⁸⁰, el que incluyó el lote de terreno, la edificación y los equipos médicos que pertenecían a la Clínica afectada.

Resáltese, entonces, la intrascendencia del yerro esgrimido por el libelista en el tercer cargo, si en cuenta se tiene que el expediente –al margen del avalúo comercial cuestionado– informa con suficiencia el perjuicio económicamente evaluable –susceptible de evaluar– que exige la norma. Su cuantificación será un aspecto por dilucidar en el eventual incidente de reparación integral de perjuicios⁸¹. Por tanto, la censura no prospera.

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

Resulta ininteligible la propuesta del delegado de la fiscalía en la audiencia de sustentación, al desestimar la ocurrencia del punible de administración desleal bajo el

⁷⁹ Cfr. Récord 2014-01136, minutos 06:20 a 06:40.

⁸⁰ En esa audiencia se refirió un avalúo elaborado por perito de la lonja de propiedad raíz del departamento del Cesar por valor de \$25.000.000.000,00.

⁸¹ Artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

argumento que la venta que **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** hiciera a la Clínica fue simulada.

A partir de esa premisa, en esencia, atribuye lo sucedido a JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND e incluso lo hace partícipe de la maniobra fraudulenta.

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

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

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

Al parecer, el delegado del ente instructor increpa la conducta de FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND en aquella venta del inmueble en el año 2010, de **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES** a la Clínica.

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

Primero, porque lo que se juzga en este trámite judicial no son los hechos acaecidos en el 2010, sino los eventos de 2013, en los que ciertamente JORGE ELIÉCER FERNÁNDEZ DE CASTRO DANGOND no interviene, más allá de la referencia de haber sido destituido como gerente de la Clínica, escenario que las procesadas propiciaron a fin de ejecutar la conducta desleal para con la sociedad.

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

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

La postulación del no recurrente se torna contradictoria y no responde al cuestionamiento: ¿si el negocio inicial fue

simulado, vale decir, no se adeudaba suma alguna, por qué se pagó lo allí pactado?

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

Inclusive, es la propia defensa quien, en el traslado como no recurrente frente a los recursos de apelación incoados por la fiscalía y la representación de víctimas contra la sentencia absolutoria de primer grado, manifestó: *«en honor a la verdad, que la señora ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES, aportó en la modalidad de compraventa a la sociedad CLÍNICA JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO el lote de terreno con matrícula inmobiliaria N° 190-10623 que era de su propiedad y que este negocio jurídico no se materializó porque nunca se dio el pago de su precio»*⁸². No pagar el precio acordado (reitérese, a pesar de que no se había superado el plazo otorgado), es diferente a simulación.

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

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

⁸² Cfr. Folio 243, *ib.*

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

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

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

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

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

penal, esta vez, al actualizar la infracción prevista en el artículo 250B del Estatuto Punitivo.

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

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

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

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

Entonces, lejos de beneficiar a sus defendidas, una tal postura defensiva lo que hace es corroborar que **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ FUENTES**, actuaron de forma mancomunada en contra de los especiales deberes de buena fe, lealtad y protección del patrimonio social, exigidos en su rol de administradoras, pues, las mínimas acciones descritas y probadas en juicio a través de la prueba de descargo, bien pudieron adoptarse al interior de la Clínica JORGE FERNÁNDEZ DE CASTRO S.A.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Confirmar la sentencia emitida el 22 de mayo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar que, por primera vez, condenó a **MÓNICA BEATRIZ ARIZA OLIVERO** y **ELISA CLARA RODRÍGUEZ**

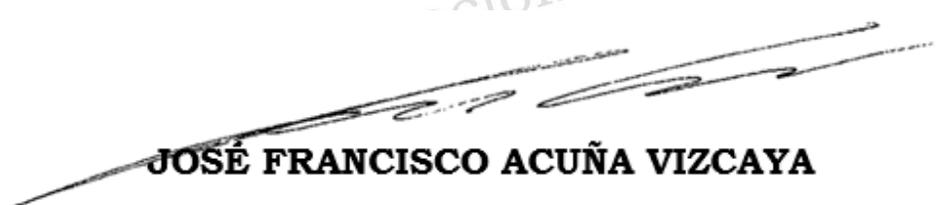
FUENTES como coautoras del punible de administración desleal agravada.

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

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen



GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente

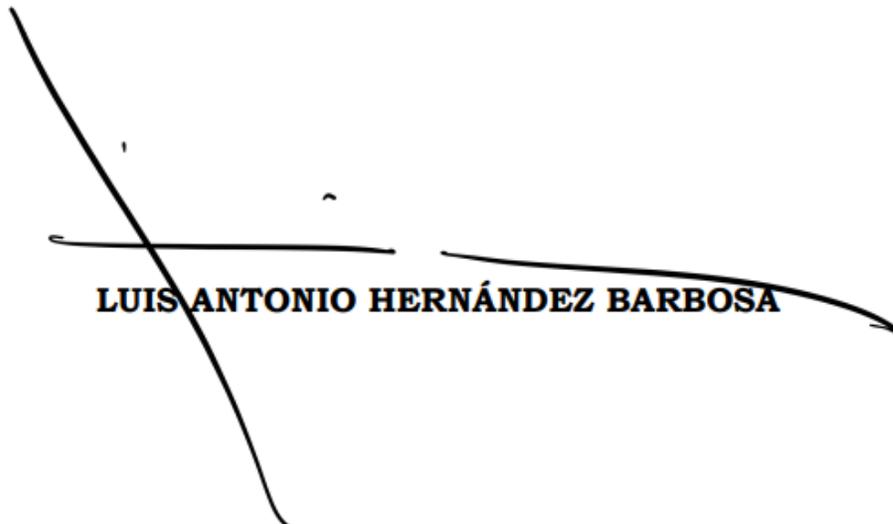


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


FABIO OSPITIA GARZÓN


EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 2021