

# Tipologías de **CORRUPCIÓN** en **COLOMBIA**

Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad

## Corrupción privada

Tomo 8

**UNIDOS CONTRA  
LA CORRUPCIÓN**





# PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Bogotá  
Noviembre 2018

Derechos reservados ©  
Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN).

Las denominaciones empleadas en este documento y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene, no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La información sobre los localizadores uniformes de recursos y enlaces a sitios de Internet contenidos en el documento se consigna para facilitar la consulta y es exacta al tiempo de la elaboración. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud de dicha información en el futuro ni por el contenido de sitios web externos.

Los puntos de vista y opiniones de los autores expresados en este documento no representan ni reflejan necesariamente las de las Naciones Unidas o de la UNODC, y no serán utilizados con fines publicitarios o de patrocinio de personas o productos.

La información que se relaciona a continuación es confidencial, está sujeta a reserva hasta que las partes realicen acuerdos explícitos sobre aquello que se hace público y la manera de hacerlo.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Documento elaborado en el marco del Acuerdo entre las Naciones Unidas, representadas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Fiscalía General de la Nación (FGN).





# PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

## **Fiscalía General de la Nación**

Néstor Humberto Martínez Neira  
**Fiscal General de la Nación**

Eduardo Charry Gutiérrez  
**Director de Altos Estudios**

José Alberto Salas Sánchez  
**Director Especializado contra la Corrupción**

Álvaro Osorio Chacón  
**Director Nacional de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas**

Daniela Andrea Suárez Naranjo  
**Profesional de la Dirección de Altos Estudios**

## **Revisión y Comentarios**

Andrés Felipe Vásquez Umaña  
**Profesional Especializado de la Dirección Especializada contra la Corrupción**

## **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito**

Bo Mathiasen  
**Representante**

David Álamos Martínez  
**Jefe de Área de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)**

Diego Quintero Martínez  
**Coordinador de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)**

## **Revisión**

Anamaría Talero Pilonieta  
**Asesora Senior del Pilar Anticorrupción**

María Carolina Garzón Sánchez  
**Asesora del Pilar Anticorrupción**

Juan Carlos Lozano Giraldo  
**Asesor del Pilar Anticorrupción**

Manuela Gómez González  
**Asistente Temática en Prevención y Lucha contra la Corrupción**

## **Investigación, análisis y redacción**

Juanita María Ospina Perdomo  
**Subdirectora de Análisis de Operaciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)**

ISBN Volumen: 978-958-5554-01-6  
ISBN Obra Completa: 978-958-56795-4-2





# Corrupción privada

---

Inicialmente el fenómeno de la corrupción se concibe en un escenario estrictamente público, en el cual no existe cabida para sanción diversa de la que se predica del funcionario público, que atenta con el bien jurídico de la administración pública, que se protege desde una perspectiva soberana de cada Estado y sin que fuera relevante ahondar en otros posibles sujetos involucrados en el comportamiento. Así, se reprocha el abuso del poder público para el beneficio privado.

No obstante, el demostrado fracaso en la lucha contra la corrupción en el contexto estrictamente público nacional, aunado al posicionamiento del fenómeno como una forma de criminalidad transnacional, llevó a la comunidad internacional a buscar herramientas conjuntas de lucha contra la corrupción:

“Poco a poco, en la comunidad internacional se va consolidando la idea de que la corrupción es un grave problema no sólo para los países afectados en mayor medida por ella, sino para la economía de mercado en su conjunto y, en consecuencia y por extensión, para todos los Estados, de ahí la gran preocupación actual que existe por este fenómeno. (...) Hasta no hace demasiado tiempo, la corrupción era un fenómeno que sólo interesaba a los Estados (...) Así pues, puede afirmarse que la idea que imperaba hasta las últimas décadas del siglo XX era la de que la corrupción debía ser atajada desde dentro, con herramientas de carácter interno, (...) Será en la década de los años setenta cuando comiencen a surgir las iniciativas internacionales dirigidas a luchar contra este fenómeno, iniciativas que han sido intensificadas a partir de los años noventa, fundamentalmente a raíz de la toma de conciencia de los siguientes extremos. De un lado, que la corrupción ha proliferado de forma vertiginosa en todos los lugares del mundo (...) De otro, que la lucha sectorial de cada Estado frente a la corrupción constituye un esfuerzo que a veces resulta poco eficaz e, incluso, inútil (...)”<sup>1</sup>.

Escándalos internacionales que dan cuenta de la transnacionalidad del fenómeno ponen en evidencia que se trata de comportamientos que



no se restringen al ámbito de lo público y que, por lo tanto, se extienden a otros escenarios, como lo es el sector privado. Se evidencia que, en los comportamientos del sector público, normalmente se encuentran inmersos actos del sector privado.

Todo lo anterior ha originado un movimiento internacional anticorrupción, en el cual participan la mayoría de los Estados, así como organizaciones internacionales, como lo son la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), el BANCO MUNDIAL, el FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI), la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), la CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, la ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), el CONSEJO DE EUROPA y la UNIÓN EUROPEA, entre otros<sup>2</sup>.

Así, surge un comportamiento que se ha denominado soborno transnacional<sup>3</sup> y en el que, por primera vez, se dirige la mirada hacia la contrapartida del acto corrupto (ya no centrado en el sector público). Ante este fenómeno, se advierte la presencia de transnacionalidad, que hace imperativa la extensión de las fronteras en lo jurídico.

Una de las principales iniciativas en esta dirección fue constituida por la FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (en adelante FCPA, Ley de prácticas corruptas en el extranjero). Esta es una ley federal proferida en el año 1977 en Estados Unidos, que se centra en la sanción penal del soborno de funcionarios públicos por parte de Gobiernos extranjeros, por parte de ciudadanos o por parte de empresas norteamericanas.

Se expidió en un contexto que evidenciaba la existencia de múltiples compañías que realizaban pagos cuestionables o ilegales a funcionarios públicos de otros países. De ello se dejó constancia en los antecedentes de la FCPA. Por ende, se trae a colación el Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices (SEC report)<sup>4</sup>, que al efecto disponía:

“Mas de 400 compañías han admitido haber efectuado pagos cuestionables o ilegales. Las compañías, la mayoría de ellas voluntariamente, han reportado haber pagado más de \$300 millones de fondos corporativos a oficiales de gobiernos extranjeros, políticos y partidos políticos. Los abusos divulgados cubren toda la gama desde el soborno de altos oficiales extranjeros para asegurar algún tipo de acción favorable por parte de un gobierno extranjero hasta los llamados pagos de facilitación que se alega fueron hechos para asegurar que los funcionarios de gobiernos cumplieran con ciertas funciones ministeriales o administrativas. (...) El pago de sobornos para influenciar actos o decisiones de funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros o candidatos

de oficinas políticas extranjeras no es ético. Es contraproducente a las expectativas y los valores del pueblo norteamericano. Pero no sólo es no ético, es además un mal negocio. Erosiona la confianza pública en la integridad del sistema de libre mercado"<sup>5</sup> (Traducción propia).

Durante la discusión y trámite legislativo de la FCPA, el Congreso de los Estados Unidos llamó la atención sobre la imagen de la democracia estadounidense en el extranjero, la confianza en la integridad financiera de las empresas, el funcionamiento eficiente del mercado y la idea frente a que: El soborno corporativo es un mal negocio<sup>6</sup>. Lo anterior dio lugar a la expedición de la FCPA en el año 1977, en el cual se incluyeron una serie de disposiciones antisoborno<sup>7</sup>, así como normas de tipo contable<sup>8</sup>.

Dado el carácter federal de la norma y, como tal, su aplicación restringida al territorio norteamericano, se generó una nueva preocupación ante la imposición de normas éticas que se convirtieron en una desventaja competitiva al momento de concurrir en el mercado internacional<sup>9</sup>. Dicha situación motivó que se iniciaran negociaciones con la OCDE –así como al interior de otras organizaciones internacionales–, con miras a implementar una herramienta internacional (en la línea de la FCPA) que permitiera investigar y sancionar los actos de corrupción transnacional. Por consiguiente, Estados Unidos se convierte en el principal precursor de esta iniciativa<sup>10</sup>.

En la década de los años 90, esta iniciativa alcanza su mayor expresión con la expedición de sendos instrumentos internacionales que consagraron el comportamiento de soborno transnacional como un acto propio de corrupción reprochable por la comunidad internacional, con su consecuente expansión regional en los ordenamientos jurídicos nacionales.

De esta forma, este comportamiento al que se le denominó soborno transnacional, o cohecho contra servidores públicos extranjeros, resulta reprochable por ser ajeno a la cultura ética y de la legalidad que debe imperar en el sector privado, por cuanto destruye el modelo de libre mercado y afecta al sector público dentro de un contexto de corrupción.

Lo anterior supone abandonar la idea de la corrupción como un fenómeno que se centra en el ejercicio de una relación de poder fundada en la actividad pública y comprender que el fenómeno involucra al sector privado como contrapartida del comportamiento corrupto y que, en ese sentido, este es igualmente responsable por el mismo.

Sin embargo, no tiene sentido exigir un modelo de conducta o de comportamiento al sector privado, cuando se vincule o relacione con el sector

público, si este difiere del modelo de conducta que les es exigible cuando sus relaciones se enmarcan estrictamente en el sector privado.

Con ello, empieza una nueva cultura de la ética y transparencia en los negocios que orienta la comprensión del fenómeno de la corrupción hacia el ámbito estrictamente privado. Así, se empiezan a evidenciar las consecuencias corrosivas del fenómeno.

Por tal razón, surge la necesidad de implementar reglamentación que pueda aplicarse independientemente de la contraparte dentro del negocio o transacción (bien sea del sector público o privado) y que genere estándares concretos que permitan combatir la competencia desleal, las distorsiones del mercado y que promuevan la integridad en el sector privado<sup>11</sup>.

De este modo, se evidencia que la corrupción abarca mucho más que las relaciones propias del sector público e involucra aquellas que se enmarcan en el intercambio entre los sectores público y privado, así como aquellas que se centran en las relaciones de este último sector. En ese orden de ideas, lo que se requiere es adoptar una definición de corrupción que comprenda todas sus formas y posibilidades. Además, esta noción es la más ampliamente acogida por la doctrina y comprende la corrupción como un fenómeno sociológico en torno al cual convergen los siguientes elementos<sup>12</sup>:

**Ilustración 1. Elementos de la Corrupción**



- **La existencia de una relación de poder o de confianza:** Ello se encuentra vinculado al desempeño de un rol específico que tiene origen en una relación de poder o de confianza. Esta relación puede surgir tanto en un

contexto público como privado. En virtud de este, la persona puede ejercer unas determinadas facultades o potestades alineadas con el rol que está llamado a cumplir.

- **Un comportamiento propio de desvío de ese poder o confianza:** En este caso, ese rol que debía cumplirse se altera al afectar la relación de poder o de confianza y al orientar las facultades concedidas hacia un fin diferente a aquel para el cual se encontraban establecidas.
- **La obtención de un beneficio particular:** Ese desvío de poder o de confianza se encuentra motivado no en la satisfacción del interés sobre el que se asienta el rol que se desempeña, sino para la obtención de un beneficio particular en el propio interés o en el de terceros.

Algunos autores, además, refieren que estos elementos deben responder a un marco jurídico de referencia. Ello supone que cada Estado ha de definir lo que comprende por corrupción y ha de determinar los límites de las relaciones de poder o de confianza.

En el contexto jurídico colombiano, formal o institucionalmente, no existe un concepto o definición de lo que significa corrupción. En Colombia, se apela a la definición que trae Transparencia Internacional, el cual se refiere al abuso del poder en la búsqueda de un beneficio y que claramente contiene cada uno de los elementos previamente anotados.

En el contexto del derecho administrativo, son varias las conductas que pueden ser interpretadas como propias de corrupción. No obstante, no se les ha dado esa caracterización y simplemente se tratan como comportamientos aislados que constituyen una falta disciplinaria o falta constitutiva de sanción (de cualquier naturaleza). Empero, es en el marco del discurso político o mediático que se le ha denominado propiamente como corrupción.

Trasladado a un escenario jurídico penal, se mantiene este vacío en el entendido de que no existe un título o capítulo en el Código Penal que refiera a delitos propios de corrupción.

Algunas personas identifican estas conductas con los comportamientos contenidos en el Título XV bajo la denominación *Delitos contra la administración pública* (arts. 397 a 434 del CP), frente a los que ya se ha hecho referencia (Cuadro No. 25). Aun así, estos comportamientos tan solo cobijan una parte de lo que se denominaría corrupción pública, y dejan por fuera otros ámbitos de este mismo esquema o modelo de corrupción, así como aquellos que se reconocerían como de corrupción privada, que es la que aquí se analiza.



Así, son variadas las conductas que se enmarcan en este fenómeno. Y, a su vez, son distintas las modalidades a las que se puede acudir, tales como las siguientes:

- Alteración de la información contable de la organización para engañar a terceros.
- Realización de autopréstamos para defraudar el patrimonio de la compañía.
- Captación de recursos del público de manera ilegal.
- Creación de empresas fachada para soportar falsas transacciones u operaciones destinadas a defraudar a la organización o a terceros.
- Engaño a inversionistas bajo un negocio de intermediación financiera, que consiste en captar dinero del público y, luego, ponerlo en una operación de compra de cartera (operaciones que pueden ser reales o simuladas).
- Venta de un mismo derecho a más de una persona.
- Venta de libranzas sin respaldo económico, además, mediante la apariencia de circunstancias que carecen de sustento fáctico veraz.

Sin embargo, para efectos de la presente guía, aquí se hará alusión específica a los tipos penales de corrupción privada y de administración desleal.

### **Del delito de corrupción privada (art. 250 A, CP)**

Este delito se incorporó en el artículo 250 A con el Estatuto Anticorrupción, contenido en la Ley 1474/2011, en los siguientes términos:

“El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado, en perjuicio de aquella. Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años”.

Sobre este delito aún no existe desarrollo jurisprudencial. Aun así, a partir de la lectura del mismo, se evidencia que se propende hacia la consagración de una figura similar a la del cohecho, pero en el contexto del derecho privado, cuya finalidad es impedir que las sociedades, asociaciones o fundaciones se vean afectadas por sus propios directivos, administradores, empleados o asesores con miras a favorecer a terceros en contravía del rol que se espera de aquellos y, se reitera, en perjuicio de la entidad que se representa.

Uno de los escenarios posibles en que se puede efectuar el comportamiento delictual es en el contexto de contratación de una empresa. Esta actividad debe estar guiada por fines de mercado, y se debe contratar a quien, en términos de calidad y precio, ofrezca un mejor servicio a la empresa contratante dentro del contexto de economía de mercado.

Cualquier comportamiento que vaya en contra de este propósito específico, más aún, si el mismo se encuentra guiado por un beneficio o utilidad de índole particular, lleva claramente a la consumación del delito de corrupción privada.

Un ejemplo de esta conducta se evidencia a continuación:

#### **Caso alemán de Korkengeld:**

En este caso, los representantes de una marca de champán francés ofrecen dinero a los meseros de distintos locales por la venta de cada botella. Este pago lo obtenían cuando le entregaban el corcho de la botella al representante.

Entonces, en este contexto, la modalidad es mediante la entrega de dinero para obtener un beneficio que, sin la entrega del mismo no estaría obteniendo, y cuya conducta afecta a las distribuidoras de las otras marcas de vino, las cuales no estarían generando ventas en razón de esta modalidad de competencia desleal por parte de quienes entregan el dinero para tener más ventas.



Delito / Elementos del delito	Corrupción privada (activa)	Explicación
<b>Sujeto activo</b>	"El que".	En su modalidad activa se trata de sujeto activo indeterminado. De manera que la conducta se puede realizar por cualquier persona.
<b>Sujeto pasivo</b>	"Sociedad, asociación o fundación".	<p>La sociedad, asociación o fundación titular del bien jurídico protegido.</p> <p>Se trata de sujeto pasivo cualificado. Al respecto, se debe precisar que con ello se restringe a este específico ámbito y se dejan por fuera otras personas jurídicas (especialmente, sin ánimo de lucro) que escaparían a la protección penal. Para la comprensión y alcance de estos conceptos, debe hacerse la remisión correspondiente al derecho civil (ingrediente normativo), lo cual permite dar alcance a los conceptos de sociedad, fundación y asociación.</p>
<b>Verbo rector</b>	"Prometa", "ofrezca" o "conceda".	<p>Se consagran los mismos verbos rectores que en los delitos de cohecho. De esta forma, se trata de una modalidad de este (o del soborno), pero en un contexto privado.</p> <p>Se trata de verbo rector plural (compuesto) alternativo, en que basta la realización de uno de los comportamientos descritos para que se configure el delito.</p> <p>Tipo penal de mera conducta.</p>
<b>Objeto material directo</b>	"Una dádiva o cualquier beneficio no justificado".	No se restringe la contraprestación a un beneficio de carácter económico. Así, puede tratarse de cualquier dádiva, beneficio o utilidad. Lo relevante es que el mismo no se encuentre justificado (en consideración del ámbito de aplicación, que es el derecho privado).
<b>Objeto indirecto</b>	"A directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación".	<p>Es importante precisar que se describe un objeto indirecto de la conducta, que supone que se trata de un tipo penal pluripersonal, pero unisubjetivo. Ello quiere decir que, aun cuando se rechace la entrega (concesión), promesa u ofrecimiento, se configura el delito en la modalidad activa.</p> <p>Ahora, para que exista comportamiento, el verbo rector se debe dirigir de manera específica a los sujetos aquí mencionados.</p>
<b>Ingredientes</b>	"Directamente o por interpuesta persona".	Ingrediente descriptivo de modo: La conducta puede realizarse directamente o a través de intermediario.

	"Para que le favorezca a él o a un tercero".	Ingrediente subjetivo: Es la finalidad pretendida con la conducta y cuya obtención no se hace exigible para que se configure el delito
	"En perjuicio de aquella".	Es importante que se realice en perjuicio de aquella. Es decir, de la sociedad, asociación o fundación. En este punto se han desarrollado dos teorías: (i) La primera advierte que se exige de la causación de un perjuicio evidenciable y demostrable como consecuencia de la conducta; (ii) la segunda advierte la existencia de un peligro para la sociedad, asociación o fundación, que se da por sentado en la medida en que se incurre en transgresión de la ley.
<b>Elemento subjetivo</b>	Dolo.	
<b>Pena</b>	Prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) SMLMV.	
<b>Agravante</b>	Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años.	

Delito / Elementos del delito	Corrupción privada (pasiva)	Explicación
<b>Sujeto activo</b>	"Directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación".	<p>En su modalidad pasiva, se trata de un comportamiento con sujeto activo cualificado. Por lo tanto, únicamente pueden realizar el comportamiento quienes ostenten la calidad de "directivos", "administradores", "empleados" o "asesores" de una sociedad, asociación o fundación.</p> <p>Para ello, se sugiere revisar más adelante el análisis sobre el delito de administración desleal o, en todo caso, las disposiciones aplicables pertinentes del derecho comercial (ingrediente normativo).</p>
<b>Sujeto pasivo</b>	"Sociedad, asociación o fundación".	<p>La sociedad, asociación o fundación titular del bien jurídico protegido.</p> <p>Se trata de sujeto pasivo cualificado. Al respecto, se debe precisar que con ello se restringe a este específico ámbito, lo cual deja por fuera otras personas jurídicas (especialmente, sin ánimo de lucro) que escaparían a la protección penal. Para la comprensión y alcance de estos conceptos, debe hacerse la remisión correspondiente al derecho civil</p>



		(ingrediente normativo), lo cual permite dar alcance a los conceptos de sociedad, fundación y asociación.
<b>Verbo rector</b>	"Reciba, solicite o acepte".	<p>Se consagran los mismos verbos rectores que en los delitos de cohecho. De esta forma, se trata de una modalidad de este (o del soborno), pero en un contexto privado.</p> <p>Se trata de verbo rector plural (compuesto) alternativo, en que basta la realización de uno de los comportamientos descritos para que se configure el delito. Constituye la contrapartida del comportamiento precedente (corrupción privada activa).</p> <p>Tipo penal de mera conducta.</p>
<b>Objeto material directo</b>	"Una dádiva o cualquier beneficio no justificado".	No se restringe la contraprestación a un beneficio de carácter económico. Por consiguiente, puede tratarse de cualquier dádiva, beneficio o utilidad, donde lo relevante es que el mismo no se encuentre justificado (en consideración del ámbito de aplicación que es el derecho privado).
<b>Ingredientes</b>	Por sí o por persona interpuesta.	Ingrediente descriptivo de modo: La conducta puede realizarse directamente o a través de intermediario.
	En perjuicio de aquella.	Es importante que se realice en perjuicio de aquella, es decir, de la sociedad, asociación o fundación. En este punto se han desarrollado dos teorías: (i) La primera advierte que se exige de la causación de un perjuicio evidenciable y demostrable como consecuencia de la conducta; (ii) la segunda advierte la existencia de un peligro para la sociedad, asociación o fundación y se da por sentado en la medida en que se incurre en transgresión de la ley.
<b>Elemento subjetivo</b>	Dolo.	
<b>Penal</b>	Prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) SMLMV.	
<b>Agravante</b>	Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de seis (6) a diez (10) años.	

.....

## Del delito de administración desleal (art. 250 B, CP)

Este delito se incorporó en el Código Penal Colombiano mediante la Ley 1474 de 2011, denominada Estatuto Anticorrupción, ante la existencia de vacíos en lo que se ha identificado en el derecho internacional como corrupción privada, dada la imposibilidad de adecuar todos los comportamientos dentro del tipo penal de abuso de confianza.

En estos términos, se creó un delito autónomo llamado administración desleal en los siguientes términos:

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

A continuación, se analizarán los diferentes elementos de esta conducta.

- El primero de los elementos que integra el comportamiento es el sujeto activo, que en este caso es cualificado.

En la medida en que el tipo penal establece expresamente quiénes pueden cometer la conducta punible, a saber, los administradores de derecho o, de hecho, los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, los directivos, los empleados y los asesores, el sujeto activo o autor de la conducta es cualificado. Ello significa que, para incurrir en el delito, es necesario cumplir con esas características o calidades determinadas.

Los administradores son las personas encargadas de ejercer y desarrollar las actividades de gestión propias del objeto social de las sociedades, velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, entre otras funciones.

Cabe resaltar que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de las juntas directivas y todos aquellos que, de acuerdo con los estatutos sociales, ejercen funciones administrativas.

Así, los administradores de derecho son aquellos que se encuentran reconocidos legalmente como tales. En otras palabras, han sido válidamente nombrados e

inscritos en el documento constitutivo de la sociedad que administran, bien sea escritura pública o registro mercantil. Mientras que los administradores, de hecho, son quienes llevan la administración de la empresa de manera real o fáctica, a pesar de no estar legalmente reconocidos como tales.

Por otro lado, se entiende por socio aquella persona que, en virtud de un aporte realizado a una sociedad, recibe a cambio derechos de participación en la misma, bien sean políticos y/o económicos.

Asimismo, es directivo quien pertenece a la junta o asamblea de socios, y por lo tanto, tiene la dirección y el mando de la sociedad.

El empleado es el individuo que presta un servicio de manera permanente o transitoria, bajo condiciones de subordinación y a cambio de un salario.

Finalmente, se entiende por asesor el especialista que realiza recomendaciones y consultas a la sociedad para que, al interior de esta, se adopten las decisiones adecuadas<sup>13</sup>.

- El sujeto pasivo, en este caso, es la sociedad (constituida o en formación), cuyo haber social se vio defraudado al tratarse de un delito que atenta contra el “patrimonio económico”.

En cuanto al sujeto pasivo, cuando la norma habla de la sociedad, es preciso considerar que es el ente societario afectado económicamente el que funge como titular del bien jurídico. Más aún, si se tiene en cuenta que en Colombia las personas jurídicas, al poseer bienes valores y/o capitales, pueden ser consideradas como tal.

Al respecto, es necesario mencionar que existe una diferencia entre el concepto sujeto pasivo y víctima, en el entendido de que esta última es la persona que, en efecto, sufre un daño o perjuicio con ocasión de la comisión de la conducta punible, independientemente de que sea o no titular del bien jurídico afectado. Así, los socios de la sociedad con relación a la cual se comete un delito son víctimas de este y, como tales, tienen determinados derechos, como lo son la verdad, la justicia y la reparación.

- El bien jurídico tutelado es el patrimonio económico.

Ahora bien, dado que el punible bajo estudio, al igual que el referido con antelación, se encuentra consagrado Título VII del actual Código Penal, el bien jurídico que se pretende proteger a través de este es también el patrimonio económico.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el bien jurídico del patrimonio económico reviste un carácter genérico o abstracto, toda vez que del mismo se desprenden distintos valores e intereses propios del derecho a gozar de un conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser valorados económicamente.

En ese sentido, resulta de suma importancia destacar que el punible en comento busca proteger la propiedad y demás relaciones o derechos de contenido económico de las sociedades, específicamente, de sus socios o asociados, y de aquellas personas que actúan de manera desleal y en contravía de sus funciones, que puedan causar un perjuicio material al ente societario.

- Es un tipo penal de verbo rector compuesto y alternativo.

En este orden de ideas, posee dos verbos rectores y para su consumación basta con que solamente se realice uno de ellos. Estas conductas penalmente descritas son, por un lado, “disponer”, verbo que, en concordancia con la Real Academia de la Lengua, significa Valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo como propio. Y por su parte, “contraer”, que significa Asumir una obligación o un compromiso.

Las dos formas distintas de cometer esta conducta punible son las siguientes:

- Al disponer de forma fraudulenta, en beneficio propio o de un tercero, de los bienes de la sociedad. Así, se entiende por *disponer* toda conducta derivada de un acto de dominio, razón por la cual la norma habla específicamente de la disposición de bienes. En cuanto a la acción, es necesario que la misma sea fraudulenta. Esto es, que implique un engaño para su consolidación.
- Contraer, en beneficio propio o de un tercero, obligaciones a cargo de la sociedad se refiere a la celebración de actos jurídicos que comprometan su responsabilidad, como una aptitud propia de su plena capacidad jurídica.

Con esta norma, se sanciona directamente (i) el abuso de funciones del sujeto activo cualificado respecto al patrimonio de la sociedad y se busca obtener un provecho propio o en beneficio de un tercero, (ii) la actuación fraudulenta del administrador y (iii) la existencia de un perjuicio concreto a la sociedad (en este caso).

Cuando se hace referencia al carácter abusivo de las funciones, se interpreta como una actuación contraria a los deberes de lealtad del administrador

respecto a la sociedad. Este carácter abusivo lleva a evaluar el contenido del art. 23 de la Ley 222 de 1995, que al efecto dispone:

“Artículo 23. Deberes de los Administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. 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.
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.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.

De esta forma, el abuso se orienta desde los deberes de buena fe, lealtad y diligencia, lo que supone el siempre actuar en beneficio de la sociedad o del patrimonio objeto de administración. Además, bajo una debida diligencia propia de un buen hombre de negocios, sin olvidar que se trata de la administración de bienes ajenos y que siempre se debe buscar el mejor objetivo posible.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la disposición “fraudulenta”, el objetivo está orientado a la realización del comportamiento al afectar confianza depositada (en algunos casos, de forma oculta a la sociedad misma).

- Se debe ocasionar un perjuicio a la sociedad. Tipo penal de resultado.

- La conducta debe cometerse con dolo.

En relación con la modalidad de la conducta, el delito de administración desleal exige como elemento subjetivo del tipo penal el dolo. Es preciso advertir que, al no señalar expresamente modalidad culposa o preterintencional, el mismo únicamente puede ser cometido con dolo. De ahí que, si no concurren el conocimiento y la voluntad como elementos propios del dolo, la conducta no es típica por ausencia de dolo en el tipo subjetivo.

Delito / Elementos del delito	Administración desleal		Explicación
<b>Sujeto activo</b>	El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor.		Sujeto activo cualificado (de acuerdo con lo previamente anotado), conceptos que se deben interpretar conforme a las disposiciones civiles y comerciales pertinentes.
<b>Sujeto pasivo</b>	La sociedad (constituida o en formación).		En este caso, el sujeto pasivo es la sociedad (constituida o en formación) cuyo haber social se vio defraudado al tratarse de un delito que atenta contra el "patrimonio económico".
<b>Verbo rector</b>	"Disponer".	"Contraer".	Es un tipo penal de verbo rector compuesto y alternativo, basta con que se incurra en cualquiera de las modalidades descritas en el tipo penal.
<b>Objeto material directo</b>	"De los bienes de la sociedad".	"Obligaciones a cargo de esta".	El objeto varía en función de la conducta que se endilga. Así pues, de lo que se "dispone" es de los bienes de la sociedad y lo que se "contrae" son obligaciones a cargo de esta.
<b>Ingredientes</b>	"En beneficio propio o de un tercero".		Ingrediente subjetivo. Por ende, la conducta se realiza en búsqueda de un beneficio propio o de un tercero.
	"Con abuso de las funciones propias del cargo".		Ingrediente descriptivo de modo, que, además, surge y es relevante, por lo cual la conducta necesariamente debe implicar un abuso de las funciones propias del cargo. Ello implica que el reproche no se sustenta en la incursión en yerro al momento de cumplir el rol que desempeña el sujeto activo del comportamiento, y solo incurre en la conducta cuando se actúa con abuso de las funciones propias del cargo.

	"Fraudulentamente".	N/A	Ingrediente descriptivo de modo que aplica exclusivamente frente al verbo rector "disponer". Al igual que como se indica líneas arriba, ello separa los yerros que llevan a la pérdida del patrimonio de la sociedad (constituida o en formación) de aquellos comportamientos dolosos propios de la conducta punible.
	"Causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios".		Ingrediente descriptivo que advierte, además, que se trata de un tipo penal de resultado que exige, para su configuración, que efectivamente se ocasione un perjuicio a los socios (delito contra el patrimonio económico).
<b>Elemento subjetivo</b>	Dolo.		
<b>Pena</b>	Prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) SMLMV.		

Así las cosas, esta conducta se puede evidenciar en variedad de escenarios como los siguientes:

- La adopción de decisiones que en nada responden a los objetivos o intereses de quienes ostentan la calidad de socio (incluso, algunas decisiones se adoptan en contravía de lo dispuesto por aquellos).
- La adopción de decisiones que carecen de lógica económica o de mercado, lo cual genera perjuicios a la sociedad misma, tales como los de (i) disolver y liquidar la sociedad sin que existieran antecedentes que anunciaran la necesidad de adoptar una determinación de esta naturaleza o sin que exista razón económica que así lo justifique o sustente; (ii) optar por el pago de una prima de éxito no causada (pues aún no se han cumplido los propósitos que la originarían) o que, en todo caso, es en extremo onerosa; (iii) cesión de acciones, derechos u otros; (iv) actos de donación no consentidos o instruidos, entre otros.
- La adopción de decisiones con evidente conflicto de interés.

Se debe recordar que el tipo penal no está orientado a evaluar la validez o legalidad de las decisiones que se adopten –las cuales claramente están

determinadas dentro del margen de actuación del "administrador"–, sino que analiza el contenido de las decisiones y la manera en que estas corresponden a un abuso de las funciones y a una disposición fraudulenta en perjuicio de los socios.



# Notas y referencias

- 1 JIMÉNEZ DÍAZ M. J. (2011). Delitos contra el sistema financiero y corrupción. *Módulo dentro del Master en Derecho penal económico Internacional de la Universidad de Granada y el Instituto de Altos Estudios Universitarios*. Capítulo I, concepto de corrupción y corrupción internacional. Párrafos 10-12.
- 2 En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2000). Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción. En E. A. Coordinador FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* (págs. 73-78). Salamanca, España: Ratio Legis, Página 77.
- 3 Cohecho de funcionarios públicos extranjeros, al que se ha denominado internacionalmente soborno transnacional.
- 4 Se recibe por el Committee on Banking, Housing and Urban Affairs del Senado de los Estados Unidos de América el 12 de mayo de 1976 (UNITED STATES SENATE; COMMITTEE ON BANKING, HOUSING AND URBAN AFFAIRS, 1977).
- 5 El texto original dispone: "*More than 400 corporations have admitted making questionable or illegal payments. The companies, most of them voluntarily, have reported paying out well in excess of \$300 million in corporate funds to foreign government officials, politicians, and political parties. The abuses disclosed run the gamut from bribery of high foreign officials in order to secure some type of favorable action by a foreign government to so-called facilitating payments that allegedly were made to ensure that government functionaries discharge certain ministerial [sic] or clerical duties. (...) The payment of bribes to influence the acts or decisions of foreign officials, foreign political parties or candidates for foreign political office is unethical. It is counter to the moral expectations and values of the American public. But not only is it unethical, it is bad business as well. It erodes public confidence in the integrity of the free market system. (...)*". (House of Representatives, 1977) En ese sentido, consultar: UNITED STATES SENATE; COMMITTEE ON BANKING, HOUSING AND URBAN AFFAIRS, 1977.
- 6 El texto original señala: "*The image of American democracy abroad has been tarnished. Confidence in the financial integrity of our corporations has been impaired. The efficient functioning of our capital markets as been hampered. Corporate bribery is bad business. In our free market system, it is basic that the sale of products should take place on the basis of price,*

quality, and service. Corporate bribery is fundamentally destructive of this basic tenet." (United States Senate; Committee on Banking, Housing and Urban Affairs, 1977)

- 7 Se consagra la prohibición expresa del pago de comisiones o sobornos a funcionarios extranjeros dirigidos a retener u obtener un negocio so pena de verse sancionados tanto penal como civilmente. CONGRESS OF THE UNITED STATES OF AMÉRICA, FCPA, 1977, p. 3-21: sección 78 dd-1 y s.s.
- 8 Las cuales, tienen por fin implementar normas estrictas en materia de contabilidad, de manera que se asegure la transparencia en los negocios. CONGRESS OF THE UNITED STATES OF AMÉRICA, FCPA 1977, p. 1-3: sección 78 m-1 y s.s.
- 9 *"Desde la promulgación en 1977 de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) los negocios estadounidenses se han enfrentado a sanciones penales de incurrir en prácticas relacionadas con el soborno de funcionarios públicos extranjeros. Los competidores extranjeros, sin embargo, no tenían similares restricciones y pudieron participar en esta actividad corrupta sin temor a castigo. Por otra parte, algunos de nuestros principales socios comerciales han subsidiado tal actividad permitiendo deducciones fiscales para sobornos pagados a funcionarios públicos extranjeros. Como resultado, las empresas estadounidenses han tenido que competir en condiciones desiguales, resultando con pérdidas de contratos internacionales estimadas en \$ 30 billones por año (...)"* (Traducción del editor). El texto original señala: *"(...) The United States has led the effort to curb international bribery. We have long believed bribery is inconsistent with democratic values, such as good governance and the rule of law. It is also contrary to basic principles of fair competition and harmful to efforts to promote economic development. Since the enactment in 1977 of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), U.S. businesses have faced criminal penalties if they engaged in business-related bribery of foreign public officials. Foreign competitors, however, did not have similar restrictions and could engage in this corrupt activity without fear of penalty. Moreover, some of our major trading partners have subsidized such activity by permitting tax deductions for bribes paid to foreign public officials. As a result, U.S. companies have had to compete on an uneven playing field, resulting in losses of international contracts estimated at \$30 billion per year. (...)"* CLINTON, WILLIAM J; The White House. (10 de Noviembre de 1998). Statement by the President.
- 10 En este sentido, entre otros, consultar: HUBER, B. (2003). "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional". *Revista Penal* , 11, (Páginas 41-52), p. 41-43; y ROCA AGAPITO, L. (2009). "La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública". En F. J. Director ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Coordinadores p. 763.



- 11 Tomado de UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; “*On the level: Business and Government against corruption*” Disponible en [http://www.track.unodc.org/private\\_sector/Pages/home.aspx](http://www.track.unodc.org/private_sector/Pages/home.aspx)
- 12 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO – UNODC – Y LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ; “*Guía Anticorrupción para las Empresas – Basada en el Estatuto Anticorrupción*”; Bogotá D.C., 2014. Página 25.
- 13 Cfr. Reyes Villamizar, F. Derecho Societario, Bogotá, Temis, 2013, páginas 592-593.



**Mayores informes:**

Fiscalía General de la Nación  
[www.fiscalia.gov.co](http://www.fiscalia.gov.co)

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito  
[www.unodc.org/colombia](http://www.unodc.org/colombia)

**UNIDOS CONTRA  
LA CORRUPCIÓN**

