

¿Qué es un delito societario en Colombia?

Daniel Esteban Crisancho Grajales¹

A decir verdad, en Colombia, no existe una clara definición de lo que puede ser considerado un delito societario. A partir del desarrollo elaborado por la doctrina española, se buscará establecer cuáles son los criterios para determinar lo que es un delito societario, cómo se puede identificar, cuáles son sus elementos comunes y qué relación guarda con la delincuencia empresarial. Al final, se tomará postura y se ofrecerá una definición de esta figura que sea aplicable a nuestro ordenamiento nacional.

Sumario

I. Introducción II. Delitos societarios en la doctrina española III. Infracción del deber, delitos societarios y delincuencia empresarial IV. Toma de postura.

I. Introducción

Actualmente, en Colombia, no existe una posición dogmática que explique, con exactitud, lo que debe concebirse como un delito societario. Esta situación hace necesario examinar las posturas de algunos de los doctrinantes más relevantes de los sistemas normativos que contemplan expresamente dicha categoría —como el ibérico, en el cual la figura de delitos societarios tiene un desarrollo positivo expreso²— en aras de determinar por qué cierto tipo penal debería considerarse societario. A lo largo de la presente columna, se exhibirá la posición de la doctrina española respecto a la concepción de lo que es un delito societario

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Asistente legal de la firma MPA, en donde ejerce consultoría y acompañamiento en materia penal y *compliance* de organizaciones pertenecientes al sector de prestación de servicios públicos domiciliarios.

² ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley Orgánica 10 (23, noviembre, 1995). Del Código Penal. En: Boletín Oficial del Estado. Noviembre, 1995. Nro. 281. Título III, capítulo XIII, Artículos 290–297.

y, de conformidad con ello, se buscará establecer si, dentro de la legislación penal colombiana, es posible agrupar un conjunto de delitos y determinar si ellos poseen la característica de societarios según los criterios dogmáticos citados.

II. Delitos societarios en la doctrina española

Dentro de la ejecución de su objeto empresarial, las sociedades mercantiles pueden, eventualmente, estar expuestas a riesgos punitivos. Estos pueden darse en el marco de dos situaciones; en la primera de ellas, es la sociedad mercantil, o su componente humano, quien comete delitos en favor de esta. En la segunda situación, el componente humano de la sociedad mercantil genera un perjuicio patrimonial considerable tanto a la sociedad como a sus socios. A partir de lo anterior, puede plantearse un primer interrogante: ¿El delito societario se comete *a favor* o *en contra* de la empresa?

Un buen referente para empezar a abordar la cuestión es la reforma del Código Penal realizada en España en 2015 que cubrió diversos tópicos, incluido el de nuestro interés. Por otra parte, el profesor Martínez-Buján ha indicado que los delitos societarios son aquellos cuyos “hechos delictivos se ejecuten en el marco de las sociedades mercantiles cuyos autores sean sujetos que desempeñan tareas de administración o tengan una especial situación de preeminencia en el seno de la sociedad”³.

De otro lado, para el profesor Bacigalupo este tipo de delitos “constituyen una singularidad legislativa, ya que el único antecedente existente en relación con una sistematización semejante de ilicitudes sometidas a sanción en el marco de la actividad societaria es en el Código Civil italiano de 1942, que contiene una serie de tipos penales como las falsas comunicaciones, reparto ilegal de utilidades, divulgación de noticias sociales reservadas, violación de los deberes de los administradores, maniobras fraudulentas, entre otros”⁴.

En otro sentido, para el profesor Del Rosal Blasco, los delitos societarios tienen como finalidad la tutela de “bienes jurídicos de naturaleza individual, básicamente concretados (mediata o inmediatamente) en el patrimonio de la sociedad, en el de los socios o en el de terceros, o de naturaleza colectiva, designados a

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial. Editorial Tirant Lo Blanch, 2005. p.347

⁴ BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, 2005. p. 415

través del concepto de orden económico o socio-económico, aceptándose, incluso, por algunos autores su naturaleza mixta (patrimonial y socio-económica o falsaria y patrimonial)⁵.

Adicionalmente, el profesor Luzón y la profesora Roso sostienen que “para la mayoría de la doctrina de dicho ordenamiento, el bien jurídico es el patrimonio—tanto el social, como el de los socios—así como la estabilidad del tráfico económico. Puesto, en otros términos: el bien jurídicamente tutelado se refiere a la fiabilidad del funcionamiento correcto de las sociedades, que, a su vez, condiciona el funcionamiento del patrimonio económico”⁶.

Ahora bien, la doctrina española⁷ sostiene que los criterios para determinar un delito societario son los siguientes: “(i) el sujeto activo del tipo penal, que es el administrador de hecho y/o de derecho, (ii) la responsabilidad penal en el seno del órgano colegiado, (iii) el concepto de sociedad y, (iv) la condición de perseguibilidad”⁸. Otros autores⁹ identifican los delitos societarios a partir de: “(i) La calidad del sujeto activo, es decir, el administrador de hecho o de derecho, (ii) El concepto de sociedad, (iii) La condición de perseguibilidad y los (iv) Motivos de política criminal”.

La doctrina ha intensificado la búsqueda de motivos por los cuales dicho ordenamiento jurídico persigue esta clase de delitos. Por ejemplo, Martínez-Buján considera que el legislador español “pretende cubrir una de las lagunas más llamativas existentes a la fecha en el Derecho Penal Español (...)”¹⁰. Agregó, de igual forma, que los delitos societarios “son un grupo de delitos cuya creación se halla plenamente justificada. Dicha justificación es avalada por la presencia de genuinos ‘delitos societarios’ en las legislaciones extranjeras de nuestro entorno; había sido reconocida además en todos los textos prelegislativos preparados en 1980, que contenía diversas figuras delictivas societarias”¹¹.

Adicionalmente, es pertinente enunciar la contraposición existente entre los delitos societarios y la definición de bien jurídico. En este sentido, Martínez-Buján Pérez indica que dicho bien jurídico no existe

⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Los delitos societarios en el Código Penal de 1995. Editorial Tirant Lo Blanch, 1998. p.1

⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, nro. 3. p. 7.

⁷ Para más precisión, véase MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos. Op. cit.

⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. cit. pp. 347–375.

⁹ MATA BARRANCO, Norberto; GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASGUARÍN SÁNCHEZ, Juan y NIETO MARTÍN, Adán. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Editorial Dykinson, 2018. pp. 486–492.

¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN. Op. cit., p. 345.

¹¹ *Ibíd.* p. 346.

en vista a que se encuentran diversos mecanismos para evitar esta clase de conductas. Asevera que “las figuras comunes como la estafa y la falsedad documental no siempre son peculiares prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil”¹².

Sin embargo, las anteriores definiciones y criterios resultan limitados atendiendo los lineamientos establecidos por el Código Penal colombiano. Lo anterior se concluye, toda vez que, como es bien sabido, el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) introdujo el artículo 250B a la Ley 599 del 2000, con lo cual consignó el tipo penal de administración desleal. Para mayor precisión, la disposición establece lo siguiente:

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 [...]

Respecto a lo anterior, se concluye que, en efecto, la administración desleal es un delito societario. Desde la percepción predicada por la doctrina ibérica, la definición otorgada por dicho ordenamiento jurídico se quedaría corta, ya que dicho sistema concibe sólo como sujeto activo de la administración fraudulenta (en Colombia, *administración desleal*) al administrador de hecho o de derecho.

Sin embargo, esta perspectiva puede resultar demasiado limitada para comprender todo el sentido y alcance de estas figuras típicas de cara al objeto de su protección. Por ello, debe acudir al estudio de la delincuencia empresarial.

III. Infracción del deber, delitos societarios y delincuencia empresarial

La doctrina considera que, en ciertos eventos, para determinar quién es autor del delito, no es determinante el dominio que el agente tenga sobre el hecho, sino que lo relevante es establecer en cabeza de quién se encuentra el deber especialísimo de protección al bien jurídico.

¹² Ibíd. p. 346.

Lo anterior, explica, en primer lugar, que los tipos penales de los delitos societarios suelen ser de sujeto activo calificado. Es decir, se trata, en definitiva, de alguien que tenga un deber especial en relación o con ocasión de sus funciones en la sociedad o empresa. En segundo lugar, explica que el sujeto pasivo de estos tipos penales suele ser una persona jurídica (la sociedad), sin perjuicio de los daños ocasionados a sus socios en tanto personas naturales.

De lo anterior, se colige que la antijuridicidad material de la conducta que se pretenda tipificar deberá siempre estar enmarcada dentro del concepto de lesividad o detrimento de los intereses, actividades, rendimientos, buen nombre, etc., de la sociedad que se reputa víctima de la actuación injusta. Por consiguiente, autor sería la persona que hubiere infringido ese deber especial, ya que lo determinante no sería el dominio sobre el hecho, sino la infracción a ese deber personalísimo. Especialmente, se señala “a los funcionarios públicos, en los delitos de funcionarios y a los garantes, en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia”¹³.

Al considerar la anterior reflexión, en relación con el punto que nos ocupa, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Puede ser que lo especial que tienen los llamados “delitos societarios” sea, en el fondo, un deber específico, de cuya infracción resulta el injusto que caracteriza a estas figuras típicas? Para resolver esta cuestión, antes, es indispensable diferenciar entre delitos societarios y delincuencia social o empresarial.

La delincuencia empresarial se refiere a los eventos en los que una sociedad mercantil es destinada a la ejecución de actividades ilícitas. Por ejemplo, el profesor Torres Tópaga encontró en su análisis que el profesor Roxin sostenía una tesis diferenciadora para determinar la autoría, ya que depende de si se está frente a un delito de dominio o uno de infracción del deber; afirma, en el primer caso, la importancia del dominio del hecho para establecer quién es autor, mientras que, en el segundo caso, sostiene que la autoría se determina por la infracción del deber por parte de la persona que lo tiene.

En otro sentido, si se analiza el origen y las consecuencias de los delitos de infracción de deber, tal y como lo concibió el profesor Roxin, se observa que el asunto se inició por el estudio de ciertos tipos penales en los que se encontraban unos deberes especialísimos en cabeza de unos sujetos, de manera que lo importante era determinar si la persona titular de ese deber lo había cumplido o no; no afectaba para nada si el sujeto permitía que otra persona vulnerara el bien jurídico relacionado con el deber, si lo que realizaba

¹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 305.

el sujeto titular del deber era una simple ayuda a otro o si lo que hacía era inducir a otro a la vulneración de ese deber jurídico. “Lo verdaderamente relevante era que el sujeto titular de ese deber en todos estos casos (ayudar, permitir, inducir) había incumplido con su deber; por lo tanto, era a esta persona a quién estaba dirigido ese tipo penal; era a él a quién se le había encargado el cumplimiento de un especial deber; por lo tanto, era quién debía responder a título de autor”¹⁴.

Claramente, debe realizarse una distinción entre la delincuencia empresarial y los delitos cometidos en la empresa. Lo anterior, ya que, si bien es cierto que pueden existir sociedades que cumplen la función de “máscara” para la actividad delictiva, también es cierto que existen otras que, en la ejecución del objeto del negocio, pueden cometer delitos¹⁵.

Aunado a lo anterior, se reseñan dos clases más de delincuencia empresarial que son muy frecuentes en la actualidad y que se dan en el ámbito de la competencia en el afán de acaparar todo un mercado con un producto:

La primera se presenta cuando, en el plano de la competencia empresarial, una sociedad decide disminuir sus costos omitiendo ciertas exigencias de seguridad del producto que está elaborando.

Por ejemplo, en aquellos casos en los que no se hace un efectivo control de calidad a un producto y se fabrica un lote con un defecto grave para la seguridad de los consumidores, como puede ser la producción de una serie de vehículos que tengan un problema en el diseño de estabilidad o un problema en los frenos, que hace que el automóvil tienda a volcarse cuando excede determinada velocidad; o en un alimento que por falta de un conservante se descompone antes de la fecha estipulada y es ingerido por un consumidor que muere por intoxicación¹⁶.

¹⁴ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio. Revista Panorama No. 7: Derecho. 21 de julio de 2009. p. 72.

¹⁵ Existe un tipo de delitos que se cometen por medio de sociedades mercantiles cuando se presentan conductas que buscan evadir obligaciones tributarias o contractuales. Esta modalidad se da cuando los socios evitan el cumplimiento de sus obligaciones mediante el alzamiento de bienes o mediante la simulación de una liquidación obligatoria de su sociedad. Tales maniobras fraudulentas se producen, necesariamente, con la presentación de documentos falsos que alteran, suprimen o modifican los estados contables de la empresa con el fin de conseguir mayores plazos o mejores condiciones de parte de sus acreedores para el pago de sus deudas. Para profundizar, véase ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Op. cit.

¹⁶ Ibíd. p. 76.

Estos casos —según el profesor Abello— son en realidad delicados “no solamente porque tienen unas repercusiones patrimoniales en la indemnización de perjuicios, sino porque, a su vez, tienen unos efectos penales, toda vez que producen resultados previstos como delitos”.¹⁷

El segundo tipo de delincuencia empresarial se produce en la competencia por la sobrevivencia empresarial cuando los socios de una compañía están dispuestos a realizar cualquier tipo de actividades con el objeto de doblegar a su competencia¹⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, como primera conclusión, se tiene que los delitos societarios persiguen conductas típicas que se ejecuten en el marco de las sociedades mercantiles. Establecido ello, como segunda conclusión, se tiene que, existe otra categoría denominada *delincuencia empresarial*, en donde ambas figuras delictivas son ejecutadas en el marco de las sociedades mercantiles, pero la consecuencia, en ambos casos, es distinta. En los delitos societarios, es la sociedad mercantil la que resulta percibiendo una afectación patrimonial y económica con ocasión del actuar delictivo del *intraneus*; a diferencia de lo que sucede en la delincuencia empresarial, en la cual la sociedad mercantil o su componente humano comete una serie de conductas delictivas —para generar un beneficio a la empresa— cuyo resultado tiene trascendencia en el ámbito penal.

IV. Toma de postura

Atendiendo al estudio realizado con anterioridad y a partir de los criterios doctrinales de la cultura ibérica en materia punitiva y societaria, se tiene que, en Colombia, y como elemento importante y diferenciador, los delitos societarios son aquellos tipos penales que castigan conductas que contienen inmerso un deber especialísimo de salvaguarda de un bien jurídico. En concreto, el deber de salvaguarda del patrimonio económico de la sociedad y de sus socios, el cual se encuentra en manos del *intraneus*, es decir, de quien, al interior de una sociedad, ostente el cargo de administrador de hecho o de derecho, de socio de cualquier sociedad constituida o en formación, de directivo, de empleado, o de asesor.

¹⁷ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Ibidem. p. 73.

¹⁸ Ibid. p. 74.

De otro lado, observamos que en los delitos societarios solamente se encuentran contemplados ciertos sujetos en la comisión de dicha conducta, ya que, para ello, debe establecerse un filtro que permita comprobar que dicho sujeto tiene una posición especial de salvaguarda del bien jurídico y que el hecho de infringir esa obligación de preservación tiene una consecuencia jurídico-penal.

Bajo esa concepción, los administradores de hecho o de derecho, los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, los directivos, empleados, o asesores de una sociedad son quiénes pueden cometer delitos societarios.

Agotado el anterior análisis, en primera medida, se deben orientar los hallazgos de la presente columna a concebir que la delincuencia empresarial y los delitos societarios son figuras completamente distintas, salvo que exista una circunstancia en común relacionada con el ámbito de ocurrencia de los hechos delictivos. Aunado a lo anterior, la doctrina española, pese a ser el primer ordenamiento de habla hispana sobre los delitos societarios, se ha quedado corta en su definición, en el entendido de que los delitos societarios no sólo pueden ser cometidos por administradores de hecho o de derecho, sino que deben expandirse a las figuras de socios de cualquier empresa constituida o en formación, directivos, empleados, o asesores; esto por motivos de política criminal.

En cuanto a la determinación o la creación de un bien jurídico específico, ello sería innecesario, ya que — como se abordó en el acápite relacionado con los delitos de infracción del deber— se encontró que esta clasificación de tipos penales es indistinta de si ellos se encuentran en la parte general o especial del Código Penal. Más bien, los tipos penales apuntan siempre a un delito de infracción de deber, ya que, en ellos, se encuentran unos deberes especialísimos en cabeza de unos sujetos, de manera que lo importante se centra en determinar si la persona titular de ese deber lo había cumplido o no. Entonces, no afecta para nada si el sujeto permite que otra persona vulnere el bien jurídico relacionado con el deber, si el sujeto titular del deber presta una simple ayuda a otro o si induce a otro a la vulneración de ese deber jurídico.

Bibliografía

ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio. *Panorama*. 2009, nro. 7, pp. 72–79. Disponible en: <https://journal.poligran.edu.co/index.php/panorama/article/view/214>

BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, 2005. 815 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, julio, 2011). 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. Diario Oficial. Julio, 2011. Nro. 48128. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Los delitos societarios en el Código Penal de 1995. Editorial Tirant Lo Blanch, 1998. 158 p.

EGGERS, Esteban. Delitos societarios: breve reseña de los existentes en el derecho argentino. En: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*. 2016, nro. 50.

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley Orgánica 10 (23, noviembre, 1995). Del Código Penal. En: Boletín Oficial del Estado. Noviembre, 1995. Nro. 281. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996. 651 p.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. La administración desleal societaria en el derecho penal español. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, nro. 3. 38p. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3302224>

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte especial. Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.

MATA BARRANCO, Norberto; GÓMEZ-ALLER, Jacobo; LASGUARÍN SÁNCHEZ, Juan y NIETO MARTÍN, Adán. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. 760 p. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=715283>

SECRETARÍA DE TRANSPARENCIA – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Estatuto Anticorrupción – Ley 1474 de 2011 – Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*. Imprenta Nacional, 2016. 96 p. Disponible en: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/avances-desafios-estatuto-anticorrupcion.aspx>

TORRES TÓPAGA, William F. Autoría en los delitos de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*. 2005, vol. 26, nro. 77, pp. 79–102. Disponible en:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1024>