

**RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS
SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA Y SU INCIDENCIA EN EL
*COMPLIANCE***

VALENTINA RAMIREZ RAMIREZ

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2021

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA Y SU INCIDENCIA EN EL *COMPLIANCE*

INTRODUCCIÓN

En Colombia el régimen societario ha tenido, a través de los últimos años, diversas modificaciones con la loable intención de modernizarlo frente a los diferentes paradigmas que surgen como consecuencia de una economía abierta y globalizada. De esta forma, se requiere no solo actualizar los distintos vehículos jurídicos que encontramos en la normatividad nacional, sino también el régimen de responsabilidad de los administradores, que es tal vez uno de los asuntos de mayor relevancia en el derecho societario contemporáneo.

De tal manera, la figura del administrador resulta ser de gran importancia, ya que es el encargado de representar a la persona jurídica en sus distintas relaciones, y a su vez llevar, a cabo las decisiones sociales a través de la celebración de contratos y otros negocios jurídicos. Lo que implica, que el administrador tiene la potestad de obligar a la empresa frente a terceros, convirtiéndolo en el integrante de mayor relevancia dentro de la estructura societaria. En este orden de ideas, resulta crucial el papel que desempeñan los administradores y los deberes que les han sido impuestos para cumplir a cabalidad su labor.

En virtud de lo anterior, ha surgido la necesidad de establecer el régimen de responsabilidad aplicable a estos sujetos. En Colombia, este problema fue resuelto con la expedición de la Ley 222 de 1995, que además de establecer el régimen de responsabilidad de los administradores, dispuso una serie de deberes que les son exigidos a estos en el ejercicio de su cargo. Así mismo, la referida normatividad dejó sentadas las bases para perseguir patrimonialmente a un administrador que, por acción u omisión y con ocasión de un incumplimiento en sus funciones, le cause a la sociedad daños y/o perjuicios. Claramente, este sistema de responsabilidad cuenta con elementos especiales que son propios de la materia societaria, y que deben ser estudiados para tener una comprensión holística sobre esta cuestión.

En igual sentido, así como el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con normas mercantiles que regulan los aspectos patrimoniales de la responsabilidad de los administradores, también hay un catálogo de normas que extienden la responsabilidad de éstos a circunstancias de abuso del derecho. Por ejemplo, en materia penal, la propia Ley 222 en su artículo 43° estableció la responsabilidad penal como una consecuencia jurídica para aquellos administradores que, en el ejercicio de sus funciones, incurran en falsedades en la construcción de los estados financieros o suministren a las autoridades competentes información falsa (Corte Constitucional, 1996).

Igualmente, por medio de la Ley 1474 de 2011, conocida como el Estatuto Anticorrupción, el legislador tipificó conductas cometidas dentro del contexto corporativo y societario, y por su conducto regularmente ejecutadas por los administradores de sociedades comerciales. Así, entre otros, se elevó a grado de delito la corrupción privada (artículo 16°), la administración desleal (artículo 17°), la utilización indebida de información privilegiada (artículo 18°) y la evasión fiscal (artículo 21°). Tomando en cuenta el nombre de la norma que los incorporó como tipos penales, es factible afirmar que el Legislador estaba buscando mitigar ciertos riesgos antijurídicos que podían surgir como consecuencia de las malas prácticas dentro del ejercicio empresarial.

Ahora bien, como quiera que los actos de los administradores, dependiendo de su gravedad y consecuencias, pueden acarrear una responsabilidad civil o penal, es necesario profundizar en los detalles que acompañan a cada una. Por lo tanto, en un primer momento se expondrá el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia. Por supuesto, se deberá comenzar por el sistema de responsabilidad patrimonial dispuesto por la Ley 222 de 1995, puesto que es el más cercano a la materia de estudio y el primero en ser concebido. Después, se analizará el ámbito penal de ciertos comportamientos ejercidos por los administradores y cuáles son los delitos en los que estos pueden incurrir en el desempeño de su cargo.

Por otra parte, recordando que el legislador ha catalogado a la empresa como centro y motor de la economía y desarrollo del país, es dable afirmar que el libre comercio ha beneficiado a una multiplicidad de sujetos. Así, el modelo empresarial no solo genera réditos para los socios o accionistas, sino para todos los agentes vinculados directa o indirectamente a la compañía, como por ejemplo los administradores, trabajadores y hasta contratistas. De tal suerte, aunque estas personas desempeñan un rol diferente dentro del engranaje empresarial y persiguen intereses

disímiles, logran satisfacer sus expectativas y cumplir su labor a partir de las relaciones jurídicas que entablan con ocasión de la sociedad.

Así pues, gracias al escalamiento de las economías de mercado y ante el desbordado crecimiento y expansión de las corporaciones a lo largo del mundo, se ha evidenciado un auge de la criminalidad empresarial o corporativa. Este fenómeno de ninguna manera es novedoso, pues en sus inicios gran parte de estas conductas fueron catalogadas como criminalidad de cuello blanco, compuesta por “personas de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación” (Sutherland, 1999, p. 65). De hecho, Edwin Sutherland (1999), quien acuñó y popularizó este término al desarrollar su teoría de la asociación diferencial, expuso como setenta de las corporaciones más grandes de Estados Unidos habían sido escenario de la comisión de una diversidad de delitos. Por ende, desde sus inicios la actividad empresarial, en sus diferentes escenarios de interacción (como sujeto-sujeto y sujeto-Estado), se ha prestado para que se instrumentalice la figura societaria como mecanismo para incumplir la ley y hasta cometer actos de corrupción, lavado de activos o evasión fiscal.

Ante esta realidad, dentro de los países se han puesto en práctica diferentes estrategias para hacer frente a la, cada vez mayor, criminalidad empresarial. De tal suerte, mientras algunas jurisdicciones han propugnado por ampliar la responsabilidad penal de los principales actores dentro del mundo corporativo (como accionistas, directivos y administradores), otros han legislado para que las compañías adopten los denominados programas de cumplimiento o *compliance*. Mecanismo preventivo, cuyo principal objetivo es mitigar el riesgo de que los miembros de la organización empresarial incurran en malas prácticas corporativas, buscando en cambio que estos cumplan con los presupuestos normativos y éticos aplicables al ámbito corporativo (Ramírez & Ferré, 2019, p. 65-66).

Cabe resaltar que la adopción de estos programas por parte de las empresas tiene su origen dentro de una cultura ética en todos los niveles jerárquicos de la organización. Esto, dentro de la búsqueda de un protagonismo y utilidad en los modelos de negocios y la relación de las empresas con los diferentes actores que concurren al mercado. También, los programas de cumplimiento están diseñados para que la sociedad, mediante una regulación interna, cuente con una serie de instrumentos destinados a prevenir que se materialicen riesgos corporativos por la ejecución de comportamientos empresariales indebidos. Así, dependiendo del segmento de la economía en que

se encuentren los empleados y en aras de conseguir un auténtico compromiso ético, cada disposición del manual de *compliance* tendrá un fin particular que se complementará con un enfoque general destinado a lograr el acatamiento del ordenamiento jurídico y las normas de conducta a través de un buen gobierno corporativo.

Por lo que, un eficiente programa de *compliance* permite la identificación y subsiguiente denuncia de las conductas punibles ejecutadas por personas del engranaje corporativo, con ocasión de sus actividades empresariales. Entonces, no solo será un mecanismo preventivo, debido a que su funcionalidad permite que los miembros de la organización que han cometido esta clase de comportamientos sean sancionados. Castigo que no solo se sustentará en el respectivo hecho delictivo en el que haya incurrido la persona, sino en el incumplimiento de sus obligaciones como funcionario de la compañía.

De manera que, la implementación de estos programas dentro de una empresa generará un entorno de confianza y transparencia (Nieto, 2015, p. 30). Ello, en la medida que las agencias estatales pueden tener un mayor grado de tranquilidad por cuenta de la proactividad e iniciativa regulatoria de las compañías, que en un posible evento criminal pueden tener más vocación de colaboración, que empresas que no cuentan con estrategias de *compliance*. En similar sentido, dentro de las compañías se generarán ciertos estándares de sosiego, pues esta preparación por una futura contingencia limitará las posibilidades de un perjuicio grave sobre la persona jurídica. Aunado a lo anterior, y tomando en consideración las dinámicas del mercado, una empresa que cuente con un programa de cumplimiento generará más confianza el público y a eventuales clientes.

Así pues, es indispensable que estos programas tengan un carácter *ex ante*, puesto que de nada sirve establecer protocolos de manejo de una mala práctica corporativa si no se trazan políticas preventivas y de control interno sobre las conductas que no pueden tolerarse dentro del contexto corporativo. Es más, las disposiciones establecidas en el respectivo manual deben ser de obligatorio cumplimiento para todos los niveles de la empresa y no quedar en un aspecto meramente formal, ya que no sería eficiente una política de cumplimiento que solo sea acatada por un sector de la compañía cuando personas en los demás departamentos actúan de forma indebida. Dicho de manera más simple, la puesta en marcha de un programa de *compliance* debe hacerse integralmente en la respectiva empresa, o éste estará destinado al fracaso.

Como resultado de lo antedicho, en un segundo momento se buscará profundizar en los detalles alrededor del modelo de los programas de cumplimiento. Claro está, desde un análisis crítico en el cual se busque identificar sus bondades y problemáticas. Estudio, que se completará con la exposición de los elementos tradicionales de un manual de *compliance* y cómo estos han sido aplicados en diferentes naciones. Ello, para luego ubicar la mirada en Colombia, e indagar qué consecuencias jurídicas y prácticas tiene la instauración de este modelo dentro de las empresas, así como cuáles han sido las mayores diferencias en materia de implementación respecto de otras jurisdicciones.

Recapitulando, en primera medida se pretende efectuar un análisis del régimen general de la responsabilidad de los administradores bajo lo contemplado en la Ley 222 de 1995, estudiando con detenimiento los mecanismos que esta normatividad trae consigo para poder controlar los actos de los administradores. Al mismo tiempo, se explicarán cuáles son los deberes básicos de estos sujetos y cómo se les puede reclamar por una inobservancia de alguna de sus obligaciones. No obstante, una aproximación meramente teórica y normativa no es suficiente, por lo que también se estudiará la jurisprudencia más autorizada sobre esta materia, para poder entender cuándo debe responder patrimonialmente un administrador por consecuencia de un comportamiento indebido.

Acto seguido, se abordará la misma temática desde una perspectiva penal. Es decir, se buscará compaginar los fundamentos teóricos del Derecho Penal General con la responsabilidad de los administradores. De tal manera, se deberá exponer cuáles son las condiciones necesarias para poder responsabilizar a una persona en Colombia por la comisión de una conducta punible. Con esto en mente, será necesario ahondar en qué han entendido la doctrina y las normas por administrador y quiénes pueden ser considerados y responsabilizados como tal.

Una vez expuestos los regímenes de responsabilidad civil y penal a los que están sometidos los administradores, será momento de explicar qué implicaciones penales pueden tener ciertas conductas realizadas por estos sujetos. A saber, cuáles delitos pueden ser cometidos por estos miembros de la organización empresarial en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, sería insensato pretender abarcar la totalidad de las conductas punibles que pueden ser cometidas por los administradores mientras desempeñen sus funciones. Por lo que, se enfatizará en aquellos delitos que son cometidos por estas personas cuando se apartan de sus deberes básicos, en detrimento de la sociedad.

Con posterioridad a esta introducción teórica y práctica se dará paso al *quid* del presente trabajo, que atañe al *compliance* en Colombia. Por lo que, se intentará establecer cómo la adopción de esta estrategia corporativa de autorregulación puede ayudar a mitigar las consecuencias de una indebida gestión por parte de los administradores de una empresa. Con todo, antes de poder exponer esto, será necesario abarcar con anterioridad las particularidades de los programas de cumplimiento, sus elementos esenciales y cómo han sido implementados en diferentes latitudes.

En suma, más que propugnar por un análisis superficial, se buscará indagar cómo la responsabilidad de los administradores en Colombia y el uso del modelo de *compliance* pueden complementarse. Esto, en la medida que, partiendo de un análisis sistemático de la legislación actual, la instauración de un eficiente programa de cumplimiento podría tener por consecuencia la prevención, atenuación y hasta exclusión de formas de responsabilidad civil y penal. De tal manera, el *compliance* se erige como una herramienta idónea para amortiguar los efectos jurídicos que una incorrecta administración puede tener tanto para la persona natural como jurídica.

Es así como se cimenta un verdadero desafío, atinente a descubrir qué incidencia tienen los modelos de cumplimiento en relación con la responsabilidad de los administradores y las empresas. En este sentido, entre los objetivos de este trabajo se cuentan: identificar los modelos de responsabilidad patrimonial y penal que existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano para los administradores; establecer qué malas prácticas corporativas pueden desencadenar en delitos y cuáles son las más comunes; estudiar cuáles son los elementos básicos y tipologías de los sistemas de *compliance*; y, exponer qué incidencias puede tener la correcta instauración de un manual de cumplimiento.

Con el ánimo de dar desarrollo al planteado asunto y lograr los propuestos objetivos, en el presente trabajo se realizará un estudio doctrinario y jurisprudencial de las fuentes que han profundizado en las dos grandes temáticas planteadas (a saber, la responsabilidad que le es exigible a los administradores de sociedades mercantiles por sus actos y el diseño e implementación de los sistemas de cumplimiento). Ello, en aras de buscar aproximaciones a los conceptos jurídicos más relevantes para la presente investigación y ahondar en los diversos puntos de vista que la academia ha teorizado sobre el tema.

CAPÍTULO I: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA

1. El régimen de responsabilidad establecido en la Ley 222 de 1995.

La Ley 222 de 1995 modificó el Código de Comercio en lo atinente a la limitación general de la responsabilidad civil en cabeza de los administradores de las sociedades mercantiles. Es dable afirmar que este cambio fue realizado con el fin de promover e impulsar la actividad empresarial y con ello, ir de acuerdo con la realidad económica del país. Por consiguiente, se tiene que los administradores adquieren un papel fundamental en la sociedad, pues son quienes representan a las empresas, siendo necesario regular su actividad y estipular los derechos y deberes que deben guiar su actuación. Con esto en mente, se creó un régimen especial con el fin de imponer unos parámetros básicos a la labor de los administradores, que trajo consigo reglas que la hicieran realmente eficiente.

Cabe resaltar que la mencionada Ley 222 tiene como eje central los deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales y empresas unipersonales. Así, de acuerdo con la forma de la organización empresarial, quien cause un daño a un tercero, a título de dolo o culpa, tendrá que reparar los perjuicios sufridos por esta persona. A su vez, en esta normatividad se incorporó una diferencia que no se había estipulado antes en cuanto a la responsabilidad civil, ya que se exigió que los administradores debían guiar el ejercicio de su cargo por postulados como la buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Entonces, se puede aseverar que se calificó la ocupación de los administradores, en vista que se comenzó a exigirles ciertas habilidades, aptitudes y toma de riesgos, apartándose de la noción del derecho civil de un buen hombre de familia. Esto fue expuesto por la Corte Constitucional, cuando afirmó, “la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad” (Corte Constitucional, 2006). Como puede intuirse, este cambio en la noción del rol que los administradores están llamados a cumplir dentro de la sociedad, tendría por consecuencia una variación en los estándares de responsabilidad que les pueden ser endilgados.

En atención a este nuevo papel que estaban llamados a desempeñar, la Ley 222 de 1995, en su artículo 22º trajo consigo un capítulo especial donde se estableció lo que, para efectos mercantiles,

se debe entender por administradores de una sociedad. Esta enumeración clarificó que son considerados como tal, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos, ejerzan o detenten esas funciones. Con todo, dicho listado no puede ser considerado como taxativo, en virtud que quien ostenta el carácter de administrador o ejerza funciones similares, aunque no esté reconocido como tal en los estatutos, se considerará como administrador de la sociedad. Al respecto, Reyes (2014) sostiene que, por tratarse de una norma de carácter restrictivo, su aplicación no puede hacerse extensiva por vía de analogía a las personas que no estén señaladas en forma expresa como sujetos de dicha regulación.

Como se puede observar, en la referida disposición no se define expresamente el término administrador, sino que se enuncia quienes detentan dicha calidad. Por esta omisión normativa, en relación con una definición legal sobre lo que significa ser administrador, existen distintas teorías que a la larga permiten entender quién puede ser considerado para este rol. En este sentido, la teoría contractualista propone que hay un contrato de mandato entre la sociedad y los administradores, mientras que la teoría institucionalista dice que la administración es un órgano inescindible de la sociedad, a la que aplica por analogía las reglas del mandato.

Considerando esto, el artículo 2142° del Código Civil establece que el mandato es un contrato por el cual “una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”. En este orden de ideas, tomando en cuenta que los administradores se encargan de gestionar y desempeñar las funciones de manejo y control de la persona jurídica, ya sea porque están facultados por los estatutos o porque voluntariamente asumen dichas funciones, su labor se adecúa de una mejor manera a este tipo de negocio jurídico. Contrato, que mientras exista, tiene por efecto que los administradores adquieran una serie derechos y obligaciones para desempeñar el objeto social de la empresa que representan.

Adicionalmente, la Ley 222 dispuso en su artículo 23° una serie de deberes que son imputables a los administradores en ejercicio de su labor al interior de la compañía. En este sentido, existen unos deberes generales, cuyo contenido se desarrolla por conducto de los llamados deberes específicos que también se encuentran en el citado artículo. En lo que atañe a los primeros, estos son tres. Entre estos se encuentra la buena fe, que más que un deber, de acuerdo con el artículo 83° de la Constitución Política de 1991, es entendido como un principio que rige las relaciones jurídicas de los particulares, y que tiene un doble significado. Esta naturaleza dual la expuso la

Corte Suprema de Justicia (1938) al sostener que la parte objetiva de este principio se traducía en una cláusula general de conducta aplicable a la integridad de las relaciones jurídico-patrimoniales y a todas las obligaciones que se derivan de estas, sin importar cuál sea su fuente. Para el caso de los administradores, este carácter objetivo se traduce en que deben obrar con honestidad, rectitud e integridad en sus relaciones y operaciones internas y externas. Es decir, mantener un comportamiento ejemplar.

Por otro lado, el aspecto subjetivo va encaminado a la creencia de actuar conforme a derecho. Entonces, es la convicción que tiene un sujeto que las actuaciones de las personas que lo rodean son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio. (Superintendencia de Sociedades, 2015). Aterrizando esto a la materia de estudio, se tiene que esta perspectiva de la buena fe acarrea que los actos jurídicos sean adelantados con entera lealtad e intención recta, para que pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad que obedeció la celebración del contrato social (Ospina, 1998, p. 331).

De esta forma, el deber de buena fe que le es exigido a los administradores entraña un interés por la persona con quien se lleva a cabo un negocio jurídico (Laguado, 2004, p. 246). En otras palabras, este deber se resume en la obligación que recae sobre el administrador de velar por el bienestar de la sociedad, en forma primordial, y también de los asociados, acreedores, trabajadores y terceros que puedan llegar a intervenir en las relaciones que surjan durante la vida de la persona jurídica.

Así mismo, aquel artículo hace referencia a la lealtad, que est  intrínsecamente relacionada con el deber de buena fe, pues hace alusión a la objetividad y fidelidad con la que el administrador debe llevar a cabo las actividades de la sociedad. Ello, con el ánimo de conseguir el desarrollo del objeto social de la empresa, sin que se generen juicios de valor y/o conflictos de intereses que perjudiquen a los socios o accionistas (Superintendencia de Sociedades, 2014). En tal sentido, el administrador debe buscar cumplir con el objeto social de la empresa a la que representa, tomando las decisiones más acertadas para generar mayores beneficios a la sociedad. En últimas, este deber exige que el administrador anteponga el provecho de la sociedad sobre cualquier otra cosa.

Finalmente, se les exige actuar con la debida diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios. Por supuesto, el carácter especializado del cargo de administrador exige que quien lo

desempeñe actúe con una mayor competencia a la ordinaria. Por esto, el administrador debe considerar ciertos factores al momento de tomar sus decisiones dentro de un mercado que cada día se torna más competitivo. Entre estos aspectos, debe existir un equilibrio entre la celeridad y seguridad de las determinaciones del administrador, así como un mínimo estándar de información para justificar dichas decisiones (Berrocal, 2017, p. 91).

Empero, las directrices de los administradores, además de verse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, deben ser producto de la mayor experticia profesional posible. Es decir, la que tendría un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa (Superintendencia de Sociedades, s.f). Así, esta diligencia especial o profesional se refiere al “actuar propio de una persona conocedora de negocios, que toma sus decisiones de manera informada y en pro del máximo beneficio posible para la sociedad que administra, siempre dentro de los límites impuestos por los estatutos y la ley (...)” (López *et al*, 2015, p. 27). Dicho de otro modo, este deber conlleva una carga de autoinformación sobre los hechos relevantes del negocio, con la finalidad de asegurar la toma de resoluciones acertadas en provecho de la compañía.

De cualquier manera, los tres deberes analizados son de naturaleza abstracta, pues como lo indica la norma, todo administrador deberá actuar, dentro del marco de la diligencia de un buen hombre de negocios, encuadrar sus decisiones conforme a la buena fe, y obrar de acuerdo con el interés social, en aras de garantizar el máximo éxito empresarial. Sin embargo, el legislador estableció unos parámetros de conducta tendientes a facilitar la determinación de cada deber, o sea le dan sentido al alcance de estas obligaciones. Para esto, se toman los deberes específicos que trae el artículo 23º de la Ley 222, que establece qué comportamientos deben adoptar los administradores en el cumplimiento de sus funciones. Estos son:

- 1) Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
- 2) Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y 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.

De acuerdo con lo anterior, los cuatro primeros numerales del citado artículo, corresponderían al deber de diligencia o cuidado, mientras que los tres restantes atenderán al deber de lealtad que se les exige a los administradores cuando ejerzan sus facultades. Reyes (2020) sostiene que estas funciones son atribuidas por la ley sin que ello implique cargas adicionales, pues están ligados a los deberes generales, por lo cual la violación de alguno de estos supuestos implica atribuir responsabilidad a los administradores por el incumplimiento en sus deberes abstractos.

Cabe resaltar que la lista de deberes específicos que trae el artículo 23° de la Ley 222 de 1995 es meramente enunciativa, en tanto no limita a estos eventos la posible responsabilidad de los administradores. En cambio, dependiendo del objeto social de la compañía y de otros factores, este catálogo de obligaciones puede ser ampliado (Londoño, *et al.*, 2016, p. 113). Por lo tanto, un administrador puede incurrir en actos que comprometan su responsabilidad patrimonial, aún cuando estos no estén incluidos en el listado del artículo 23°.

Adicionalmente, en el artículo 24° de la Ley 222, el legislador explicó los presupuestos básicos de la responsabilidad de los administradores, quienes responden con independencia de la eventual responsabilidad de la sociedad como persona jurídica. Al respecto, se dejó sentado que esta era de naturaleza solidaria e ilimitada, y que los administradores eran responsables por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionaran a la sociedad, a los socios o a terceros. De tal suerte, en caso que exista más de un administrador y que en una eventual condena sólo uno pague a los afectados el valor de los daños causados, éste tendrá acción de repetición contra los demás administradores, a prorrata de la cuota que a cada uno le corresponda; quienes deberán responder con la totalidad de su patrimonio para cubrir los perjuicios irrogados, en razón al carácter ilimitado de su responsabilidad (Neira, 2006, p. 124).

Por su parte, el segundo inciso del artículo 24° de la Ley 222 de 1995 hace alusión a una causal de exoneración de responsabilidad para los administradores que “no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten”. Esta situación se perfecciona, en la medida que el interesado demuestre que no tuvo injerencia en el comportamiento indebido, ya sea porque se opuso a la ejecución del acto o porque no fue consciente de la realización de este. De cualquier manera, si un administrador toma parte en una conducta en perjuicio de la sociedad o terceros, aún si concurren las referidas circunstancias, éste no podrá escapar a su responsabilidad debido a que tuvo que actuar con diligencia y buena fe.

En consecuencia, para imputarle su cuota de responsabilidad, se requiere analizar la finalidad perseguida y forma de ejecución de los actos del administrador. Adicionalmente, no puede condonarse el dolo futuro, como tampoco se pueden pactar cláusulas de limitación o ausencia de la responsabilidad por una indebida gestión administrativa. A la luz de las disposiciones objeto de estudio, por contrariar normas imperativas, estas serán tratadas como cláusulas no escritas.

Vale aclarar dos aspectos fundamentales en relación con el artículo *et supra*. En primer lugar, que la responsabilidad que se le pueda imputar a los administradores puede ser de naturaleza contractual o extracontractual y en segundo lugar que existe una presunción de culpa sobre los administradores. De hecho, según el artículo 200° del Código de Comercio, esta circunstancia se configura en los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, o cuando hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades (Presidencia de la República de Colombia, 1971). Lo que implica que, la persona (socio, accionista, empleado o tercero) que arguya la existencia de una infracción legal, contractual e incluso extracontractual, no tendrá que probarlo. Puesto que, la carga de la prueba se traslada al administrador, quien deberá desvirtuar esta presunción legal y demostrar que actuó conforme a Derecho y los deberes que le son exigibles.

Por conducto de la posibilidad de responsabilizar a los administradores por una mala gestión, surge la figura de la acción social. Esta, se encuentra instituida en el artículo 25° de la Ley 222, y se traduce en que corresponde a la persona jurídica ejercerla para perseguir patrimonialmente al administrador. Claramente, esto debe hacerse previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios en tal sentido, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día (Presidencia de la República, 1971, Art. 151). La razón de ser de esto último, es que el administrador es quien

normalmente convoca al máximo órgano social de la empresa y sería un sin sentido que este sujeto convoque una reunión para endilgarse responsabilidad a sí mismo. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión, cuyo objetivo es que se declare que el administrador incumplió sus deberes y que por tal motivo causó perjuicios a la persona jurídica que deben ser indemnizados, se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión, e implicará la remoción del administrador. Sin embargo, cuando sea adoptada una decisión por la asamblea o junta de socios y no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, esta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso, de conformidad con el artículo 25° de la Ley 222 de 1995, los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad podrán ejercer la acción social, siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Esto no significa que sea el accionista quien demanda al administrador, sino que el accionista puede representar a la sociedad, como sujeto que cuanta con la legitimación activa para poder demanda.

Lo expuesto con anterioridad, se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros. Por lo cual, la normatividad concibió la acción individual como un mecanismo que permite a quien fue perjudicado de forma directa por la inadecuada actuación de los administradores, solicitar a la administración de justicia la reparación del daño ocasionado. Evidentemente, en este caso el demandante no actuará en representación de los intereses del ente social, sino en provecho propio, buscando el resarcimiento de los daños que se le han causado. De acuerdo con Neira (2016, p. 126), esta acción sigue los lineamientos generales de la responsabilidad civil, que puede ser contractual o extra-convenio.

Para recordar, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia (2017) los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son: i) un comportamiento humano, positivo o negativo, generalmente antijurídico; ii) un daño o perjuicio, que menoscabe bienes o intereses lícitos de la víctima de la conducta, vinculados con su patrimonio económico o moral; iii) una relación de causalidad entre la conducta ejecutada por la persona a la que se le imputa la reparación y el daño sufrido por la

víctima; iv) un criterio de atribución de la responsabilidad, que en la mayoría de casos es de naturaleza subjetiva (dolo o culpa) y excepcionalmente de carácter objetivo.

Es importante resaltar que esta acción busca resarcir los perjuicios que se hayan ocasionado en el patrimonio personal de quienes se encuentran legitimados para ejercerla, más no para lograr una indemnización a favor de la compañía (Londoño, *et al.*, 2016, p. 116). Esto, encuentra sentido en vista que la persona jurídica tiene a su disposición una acción para perseguir un fin resarcitorio por los perjuicios que haya sufrido como efecto de los actos ilícitos desplegados por los administradores.

Como corolario, se puede afirmar que el régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia, de conformidad con la Ley 222 de 1995, define cómo los sujetos considerados como tal solo pueden ser acreedores de una responsabilidad derivada de actos dolosos o culposos en detrimento de la empresa. Notoriamente, el respectivo factor de atribución de responsabilidad se cimenta en virtud del incumplimiento o extralimitación de las funciones en las que el sujeto haya incurrido en ejercicio de sus funciones. A su turno, cuando el acto en cuestión se haya dado en incumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, se presumirá la culpabilidad de los administradores. Por lo que, su obligación está en demostrar que no incurrió en falta alguna mientras desempeñaba su cargo. Lo anterior, además de estar consagrado en la ley, se deduce del contrato de mandato que se configura entre el administrador (mandatario) y los socios y/o accionistas (mandantes).

Por otro lado, la necesidad de imponer una serie de obligaciones legales a los administradores se comprende en el sentido que, por medio de estas, se dota de mayor protección y seguridad jurídica a las sociedades comerciales. Este amparo no se toma como desequilibrado, ya que, al tener un gran poder decisorio, una indebida gerencia de los administradores puede llegar a afectar los propios intereses de la empresa y a su vez generar un impacto negativo en la persona jurídica y terceros que en ella concurran.

Ahora bien, aunque la ley marco del régimen de responsabilidad de los administradores es la Ley 222 de 1995, en los últimos años se ha ampliado la normatividad sobre este asunto. Este nuevo grupo de reglas, han modificado ciertas cuestiones que se consideraban obsoletas dentro del Derecho Societario. Entre las más importantes se encuentra la Ley 1258 de 2008, que creó un

nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), y que afirma de manera expresa en su artículo 27° que los órganos de administración de las S.A.S. estarán sujetos al régimen de responsabilidad de los administradores establecido en la Ley 222 de 1995. Entonces, es factible aseverar el estudiado catálogo sigue vigente, aun cuando se trate de las más novedosas clases de sociedades.

Adicionalmente, por primera vez se contempló al llamado administrador de hecho como parte de la estructura societaria. Esta persona es quien cuenta con el nombramiento de los socios, pero cuya investidura posee defectos que la vuelven nula, como haber excedido el periodo de tiempo de designación, razón por la que no se configuraría el cargo de administrador de derecho (Díaz, 2014, p. 24). De tal suerte, puede considerarse que existe una apariencia formal de contar con las facultades propias de la administración, cuando esa atribución no existe en los estatutos o la ley. Por ende, este sujeto será quien *de facto* ejerza, aún sin el correspondiente nombramiento, funciones administrativas dentro de una sociedad. Resulta evidente que esta labor debe extenderse en un periodo de tiempo y ser continua, pues no podría aducirse que alguien es administrador de un negocio si solo desarrolló este quehacer momentánea e interrumpidamente.

Empero, un administrador de hecho no puede ser simplemente señalado como tal por un tercero, debido a que será la autoridad competente quien declare su existencia. De ahí que, como lo afirmó la Superintendencia de Sociedades (2019) en sentencia, de los elementos de juicio disponibles para cada caso, corresponderá al juez definir, dentro de un amplio margen de discreción, si debe endilgársele a determinado sujeto la responsabilidad propia de un administrador. Es decir, es potestad de la administración de justicia decidir si alguien puede ser considerado o no como administrador de hecho. El respectivo análisis encontrará sus límites, en todo caso, en la verificación de una efectiva intromisión en actividades positivas de gestión, administración o direccionamiento de la sociedad.

Para Reyes (2014) que la figura del administrador de hecho haya sido introducida por la Ley 1258 de 2008 fue un acierto, puesto que individuos ajenos, al menos formalmente, a la administración de la sociedad y amparados en la indemnidad que les daba su carácter de “no administradores”, podían controlar materialmente la gestión de la persona jurídica. En otras palabras, eran quienes dirigían una sociedad sin que les fueran impondibles las cargas y riesgos que trae consigo la tarea de ser administrador. En no pocas ocasiones estas personas terminaban

causándole perjuicios a la sociedad y terceros, sin que fuera posible ejercer ante ellos las correspondientes acciones de reparación, por una falta de legitimación por pasiva.

Sin embargo, es esencial dejar sentado que no toda actividad desarrollada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de una persona como administrador de hecho (Reyes, 2014). De hecho, debe tratarse de actos que trascienden las funciones legítimas del sujeto dentro de la organización empresarial, y que por ser impropios a la naturaleza de su cargo u ocupación dentro de la sociedad, se traducen en un acaparamiento de facultades administrativas. Por lo que, deben significar una verdadera intromisión en los asuntos gerenciales de la persona jurídica.

No sobra decir que las mencionadas disposiciones de la Ley 1258 de 2008, pueden ser aplicadas a otro tipo de sociedades mercantiles, como aquellas reguladas por el Código de Comercio, en virtud que la administración de hecho es un fenómeno que también puede presentarse en los tipos societarios clásicos. Esta aplicación extensiva de la norma consagrada en la Ley 1258 de 2008 no vulnera el orden público, sino por el contrario “se erige en una poderosa herramienta para la efectiva protección de los derechos de terceros” (Uribe, 2013 citado en Escobar, M., Molina, S., 2017). A fin de cuentas, con esto no se busca atentar contra los derechos de ciertas personas, más bien proteger a socios, accionistas, y hasta acreedores de posibles actos abusivos de personas que actúen en detrimento de sus intereses y los de la sociedad.

Dejando de lado esta exposición un tanto teórica, ahora es turno de profundizar sobre la normatividad analizadas desde una perspectiva práctica. De tal suerte, se explicarán casos que han acaecido en Colombia, en los que por una deficiente gestión de uno o más administradores, se han puesto en marcha las herramientas a disposición de las sociedades para perseguir su responsabilidad. Claro está, que se buscará exponer cómo se han responsabilizado tanto a administradores de derecho como aquellos que fueron declarados de hecho.

1.1. Jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de los administradores.

A continuación, se pondrán de presente algunas sentencias dictadas por la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, por medio de las que estudió la responsabilidad en la que incurrieron administradores de diversas sociedades por no cumplir los mínimos estándares de conducta que les eran exigibles. En consonancia, este catálogo de casos

prácticos se pone de presente con el objeto de ofrecer un estudio que pueda tener una acepción tanto teórica como práctica. Entonces, se expondrán y explicarán casos paradigmáticos, en los que el objeto de debate es la responsabilidad de los administradores por la ejecución de un comportamiento que puede ser tildado como indebido, de acuerdo con sus deberes particulares en pro de la empresa.

1.1.1. Sentencia de Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara, Rad. 2014-801-084.

La Superintendencia de Sociedades consideró que los gastos realizados por Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara de 200 salarios mínimos no guardaban relación alguna con la gestión de los negocios de la sociedad que administraban, Morocota Gold S.A.S. Y a su vez se corrobora que el señor Rincón utilizó los cupos de la compañia para beneficio personal. Por consiguiente, la autoridad declaró que dicha conducta constituía una violación del deber general de lealtad al cargo del representante legal de la sociedad demandante. En efecto, mal podría obrar con lealtad quien malversa, para utilidad propia, recursos que le han sido confiados para llevar a cabo la gestión de los negocios de una compañía.

Entrando en detalle, la SuperSociedades estableció que las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de su gestión. Este equilibrio, parte de la denominada regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de examinar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de los negocios realizados por la empresa. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos financieros, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada *a posteriori* por los resultados negativos de sus decisiones.

En síntesis, los administradores no podrían actuar como un buen hombre de negocios si La administración de justicia decidiera indagar por la integridad de las decisiones tomadas en desarrollo del objeto social de la compañía. De ninguna forma, lo antedicho se traduce en que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles, pues la Superintendencia de

Sociedades (2014) calificó que la regla de la discrecionalidad no es absoluta y puede ser ignorada, en especial en situaciones de violaciones del deber de lealtad.

En el presente caso, la sociedad demandante logró demostrar que el señor Rincón ordenó la construcción de una vía de acceso a las instalaciones de la compañía sin contar con las licencias ambientales requeridas para tal efecto. Por consiguiente, es claro que la omisión negligente en el cumplimiento de las funciones de representación legal comprometió la responsabilidad del señor Rincón, a la luz de lo previsto en los artículos 200° del Código de Comercio y 23° de la Ley 222 de 1995. Si se quiere, se dilapidó el patrimonio de la sociedad por un capricho del administrador.

Por lo cual, la Superintendencia de Sociedades resolvió declarar que Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo incumplió los deberes que le correspondían en su calidad de representante legal de Morocota Gold S.A.S. y que era patrimonialmente responsable por los perjuicios económicos que hubiera causado a esta última por sus censurables conductas.

1.1.2. Sentencia de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. contra Shirley Natalia Ávila, Rad. 2013-801-076.

Sostuvo la Superintendencia que, a pesar de que los negocios jurídicos viciados por conflictos de interés pueden usarse para defraudar recursos sociales, es perfectamente posible que tales operaciones le reporten importantes beneficios a la compañía. Así, afirmó que por esto las normas societarias que regulan dicha materia buscan evitar que estas operaciones se conviertan en simples vehículos de una expropiación, sin que se adolezcan los posibles beneficios derivados de la celebración del negocio jurídico en cuestión.

En lo tocante a los conflictos de interés, en Colombia su regulación está incluida entre los postulados que rigen la actividad de los administradores sociales. De tal manera, por conducto del numeral 7° del artículo 23° de la Ley 222 de 1995, los administradores deben “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros [...] en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses”. Lo que encuentra soporte en los deberes de debida diligencia y buena fe. Máxime, en el entendido que no actúa de manera imparcial un administrador que se encuentra inmiscuido en un conflicto de intereses.

Así pues, los administradores se verán obligados a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía o sus accionistas por virtud de la celebración de negocios jurídicos respecto de los cuales existió un conflicto de interés. No obstante, debe advertirse que la presunción de culpa consagrada en el artículo 200° del Código de Comercio no exonera a los demandantes el deber de demostrar la existencia de perjuicios que sirven como base de sus pretensiones indemnizatorias, pues la presunción es sobre la responsabilidad del sujeto y hace referencia al posible daño causado.

En el caso en concreto, la demandada participó en la celebración de un negocio jurídico que podía ser catalogado como un conflicto de interés, dado que el contrato suscrito por Shirley Natalia Ávila Barrios tiene una estrecha relación derivada del vínculo matrimonial con la el señor Fredy Antonio Rodríguez . Por consiguiente, la señora Ávila Barrios, en su calidad de administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., debió haber solicitado la autorización a que se alude en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222, supuesto que no se cumplió, por lo tanto el conflicto de interes parte de los incentivos para salvaguardar el patrimonio del señor Rodríguez y a su vez que el interés económico subjetivo se contrapone al deber de la señora Ávila Barrios de obrar ‘en interés de la sociedad’, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Con todo, de conformidad con las actas consultadas por la Superintendencia, el máximo órgano social nunca emitió la requerida autorización. Quedó claro entonces que la administradora incurrió en una clara inobservancia del deber general de lealtad que tenía para con la sociedad, pues no priorizó los intereses de esta. Igualmente, incumplió el deber específico relativo a abstenerse de tomar parte en actos que revistan un conflicto de intereses.

En consecuencia, la superintendencia declaro que Shirley Natalia Ávila Barrios incumplió los deberes que le correspondían como administradora de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. y por lo tanto se condeno a Shirley Natalia Ávila Barrios al pago de los perjuicios

1.1.3. Sentencia de Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flores del 26 de marzo de 2019.

Este caso es relevante, en la medida que se analizó la figura del administrador de hecho. En sus consideraciones, la Superintendencia de Sociedades afirmó que era posible aplicar las reglas inherentes a los administradores de la sociedad a las personas que, por fuera del ámbito de sus prerrogativas legítimas dentro de la empresa, se comporten como gestores de los asuntos sociales

y negociales. De este modo, lo correcto sería extenderles la exigibilidad de los deberes y responsabilidades que están llamadas a obedecer los administradores de derecho.

Resulta menester establecer que el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 consagra dos supuestos generales para identificar un administrador de hecho, como lo son que se trate de un sujeto que no tenga formalmente la calidad de administrador y contar con una influencia determinante sobre las actuaciones u omisiones del administrador formal.

En la demanda se puso de presente que, con ocasión del fallecimiento de Rafael Alfredo Martínez Rodríguez —anterior representante legal y único socio de Rafael Martínez S.A.S.— el 17 de noviembre de 2014, María Carolina Martínez Flórez comenzó a hacerse cargo de los negocios sociales, tomando los bienes y haberes de la sociedad bajo su administración. En esa medida, ante la ausencia de un representante legal formal —la representante legal suplente también había fallecido—, el demandante consideró que la señora Martínez Flórez era una administradora de hecho y que por esta razón estaba llamada a responder como tal.

El señor Arango demandó a Martínez Flórez, al considerar que la demandada infringió el régimen de deberes a cargo de los administradores sociales, en virtud de que la demandada tomó los activos sociales bajo su administración como consecuencia del fallecimiento de Rafael Alfredo Martínez Rodríguez, quien se desempeñaba como representante legal y único accionista de la compañía Rafael Martínez S.A.S.

Concretamente, se tiene que la señora Martínez Flórez infringió el deber general de lealtad al “haberse abrogado la titularidad del cobro de la renta mensual, la realización y desarrollo de los contratos de arrendamiento y haber ocupado parte del inmueble para la vivienda de ella y su familia” (Superintendencia de Sociedades, 2019). En este punto, debe recordarse que, por virtud del deber de lealtad, les corresponde a los administradores actuar conforme al mejor interés de la sociedad. De ahí que, en diferentes instancias la Superintendencia haya calificado que esta obligación se incumple, cuando para utilidad propia, el administrador usa activos que le han sido entregados confiando que conducirá debidamente la gestión de los negocios de la sociedad.

Por los referidos argumentos, la Superintendencia de Sociedades declaró que la demandada como administradora de hecho de Rafael Martínez S.A.S., quebrantó su deber de lealtad para con la representada persona jurídica al apropiarse de los recursos y bienes empresariales. Este atentado

se configuró por la infracción que esta persona tuvo sobre las cargas relativas al cumplimiento de las disposiciones legales de llevar correctamente la contabilidad de la sociedad y una adecuada gestión de esta.

1.1.4. Precisiones relativas a la jurisprudencia expuesta.

Para finalizar el presente estudio casuístico se tiene que, en el ejercicio de sus prerrogativas jurisdiccionales, la Superintendencia de Sociedades ha aplicado adecuadamente el régimen relativo a la responsabilidad patrimonial de los administradores. Esto, en defensa de los derechos de accionistas y acreedores. Igualmente, se considera que el manejo argumentativo de estos eventos fue correcto por parte de la entidad de vigilancia y control, en vista que en cada uno se precisó que deberes habían infringido los administradores y cómo estos fundamentaban su título de imputación.

Ahora bien, también resulta gratificante que la labor de la Superintendencia encuentre un límite en la regla de la discrecionalidad, puesto que la inseguridad jurídica que sufrirían los administradores sería de proporciones extraordinarias si todos sus actos fueran puestos en tela de juicio. Igualmente, tranquiliza que la SuperSociedades equilibre su labor y por ejemplo, no encuentre barreras para aplicar las normas relativas a los administradores *de facto*, si encuentra cumplidas las reglas para que se configure esta situación. En suma, este ejercicio ha permitido matizar que la regulación sobre esta materia es tanto eficaz, como actual.

CAPÍTULO II: EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA

De manera acertada, Silva Sánchez (2006) propuso que, por la latente necesidad de hacer frente a los peligros que la modernidad ha traído consigo, el Derecho Penal contemporáneo se encuentra en constante expansión. Máxime, cuando la sociedad actual cada vez cuenta con una mayor cantidad de riesgos que administrar (Beck, 1998). Esta dinámica puede evidenciarse en esa llamada administrativización del Derecho Penal, que hoy conoce de temas que otrora no eran de su competencia. Tal es el caso de ciertos delitos especiales de la llamada criminalidad corporativa, que han debido ser tipificados por las constantes ocasiones en que una sociedad comercial es utilizada como instrumento para cometer conductas punibles.

En este orden de ideas, habiendo expuesto como los administradores son los gestores de las sociedades mercantiles, se buscará explicar cómo en el ejercicio de esa labor pueden incurrir en responsabilidad penal. En consecuencia, será necesario estudiar de qué manera se han construido las bases para que estas personas puedan responder penalmente.

2.1. Autoría y participación en cuanto a la responsabilidad de los administradores en materia penal.

Según el artículo 9º del Código Penal Colombiano (Ley 599) y la dogmática penal, para que una conducta sea calificada como punible esta debe ser típica, antijurídica y realizada por un sujeto culpable, es por ello que la autoría y participación se da dentro de la lógica de un dispositivo amplificador del tipo penal, que permite atribuir responsabilidad a ciertas personas que directa o indirectamente han tenido incidencia en la conducta punible y así estudiar el grado de participación de cada una de ellas.

Entonces, para la realización de un delito se requiere que concurren personas que pueden ser catalogadas como autores o partícipes. Quienes se diferencian por el dominio del hecho que hayan tenido, tal como lo propone Hans Welzel. Estableciendo que autor es quien realiza por sí mismo la conducta punible (Congreso de la República de Colombia, 2000, Art. 29), esta calidad que puede ser endilgada a más de una persona en eventos de co-dominio del hecho por reparto funcional, estructurando la figura de la coautoría (Velásquez, 2020). En cambio, según lo manifestó la Corte

Suprema de Justicia, los partícipes no dominan el hecho, debido a que el aporte que realizan al delito puede ser catalogado como fungible o no esencial (Corte Suprema de Justicia, 2013).

De este modo, la responsabilidad de las personas naturales se da bajo la imputación de una autoría directa, mediata y/o coautoría. Al respecto la Corte Suprema de Justicia (2009) maneja el criterio que la coautoría existe cuando una persona detenta el dominio del hecho con otros sujetos, y en la cual es fundamental un acuerdo común previo (excepcionalmente concomitante) de cometer la conducta en la cual se ofrece un aporte indispensable. Este reparto funcional para la realización del hecho punible puede ser propio, en el sentido que todos los autores realizan la misma acción o ejecutan el verbo rector a cabalidad, o impropio, evento en el que se da una división del trabajo criminal.

En eventos de criminalidad empresarial, generalmente los sujetos responderán bajo estos títulos de responsabilidad, pues como administradores tienen la gestión de los negocios de la sociedad y eso significa un claro dominio del hecho. Lo anterior, para Ramírez *et al* (2019), no implica excluir las distintas categorías de intervinientes –cómplices o determinadores– para los delitos económicos. Con relación a la figura del partícipe, es preciso establecer que, de acuerdo con el Código Penal Colombiano en su artículo 30°, la conducta del autor debe como mínimo ser injusta (típica y antijurídica) para que pueda juzgarse al partícipe. Es decir que si no hay antijuridicidad en la conducta del autor, el partícipe no responde. Esto, no quiere decir que la culpabilidad sea conjunta, sino por el contrario resulta en absoluto personal.

Una de las razones por las cuales se hacen necesarios los criterios de imputación en el derecho penal es para evitar el problema de la responsabilidad objetiva, pues no por el solo hecho de ser socio, directivo o empleado de una sociedad se puede llegar a responder penalmente por una conducta ilícita que se haya realizado al interior de la empresa (Foffani, 2010). De tal suerte, el papel de cada sujeto que haga parte de la estructura empresarial deberá ser estudiado, para lograr establecer si tomó parte en hechos constitutivos de criminalidad corporativa, y de ser así bajo que título debería responder.

En consonancia con lo anterior, los delitos que se cometen a nivel corporativo crean un verdadero reto para el Derecho Penal, pues el principio de responsabilidad personal surge como una institución que evita que las autoridades judiciales imputen responsabilidad a todos los

miembros de una sociedad mercantil. Ahora bien, resultaría errado decir que esta forma de criminalidad se reduce solo a los delitos económicos, sin embargo, son los que por abstracción de la materia más se presentan dentro de las empresas. En relación con los delitos económicos, hay una división entre delitos especiales y delitos comunes. La primera hace referencia aquellos tipos penales en los que solamente puede ser autor quien reúne ciertas calidades (Gómez, 2006), adicionalmente el número de autores se encontrará limitado con base a la infracción de un deber jurídico. En cambio, la segunda establece que no hay condiciones especiales requeridas por el delito, lo que se traduce en que el injusto puede imputarse a cualquier sujeto en virtud de la descripción típica (Márquez *et al*, 2008).

En Colombia, como no existe aún la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para imputar responsabilidad a una persona dentro del marco empresarial se ha utilizado la figura del actuar en nombre de otro, prevista en el inciso tercero del artículo 29° del Código Penal. Claramente, esta regla solo aplica cuando el tipo penal exija un sujeto activo calificado, cuyas características son cumplidas por la persona jurídica, más no por el funcionario de esta organización. Entonces, esta construcción teórica ha sido válida para extenderle a quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, las calidades del ente que representa. La razón de ser de esa figura no es la de suplir la realización del hecho, sino evitar que se produzca impunidad en los delitos especiales (Ramírez *et al*, 2019, p. 146).

Para caracterizar la aplicación de esta figura, basta un simple ejemplo. Así, piénsese en el delito de alzamiento de bienes, por medio del que se castiga al deudor que esconda su patrimonio para no pagarle al acreedor. De tal forma, si una sociedad es deudora en múltiples obligaciones, y sus administradores se valen de maniobras fraudulentas para esconder el patrimonio de esta y así no cancelar sus deudas, por obvias razones no podría responsabilizarse a la Persona Jurídica, que contaría con las facultades exigidas como sujeto activo calificado del tipo penal. Por lo tanto, los llamados a responder penalmente serían los representantes legales de la empresa, como administradores de esta.

Sin embargo, en el marco empresarial surge un problema con relación a la teoría del delito, ya que la estructura corporativa está sujeta a la distribución de funciones y división del trabajo. Por lo cual, Schünemann (2002, p. 10-11) sostiene que existe una “tendencia a trasladar la

responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible hacia arriba, es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos que ejecutan". En otras palabras, las investigaciones no comienzan en los sujetos próximos al hecho (dirección *bottom-up*), sino en los directivos de la empresa (dirección *top-down*).

En este orden de ideas, considerando que el fundamento de esta responsabilidad es la posición de garante del administrador que tiene el dominio de la persona jurídica representada, los procesos deberían centrarse en quienes ejecutan las decisiones dentro del ámbito corporativo en un sentido *bottom-up*. Sin embargo, en caso de ausencia de dominio no puede haber lugar a responsabilidad penal, por lo cual se prefiere acudir a las presunciones de culpabilidad derivada de la existencia de los deberes de vigilancia. Con relación a lo que arguye Schünemann (2002), se presenta un problema bajo el marco del Estado Social de Derecho entre las normas constitucionales, la realidad y la garantía de los derechos en el sistema jurídico de acuerdo con los principios en las prácticas punitivas.

Por lo cual, la solución a la hora de atribuir responsabilidad cuando se presentan contextos con subordinación como en el marco de una persona jurídica, será recurrir a la coautoría no ejecutiva (Muñoz, 2010, p. 466). Ello, con base en que los delitos de infracción de un deber se tipifican bajo la estructura del reparto y la dualidad de funciones. Para Robles Planas (2021):

“La ejecución es un concepto normativo y significa comienzo de injerencia en una esfera jurídicamente garantizada. El paso de la fase preparatoria a la ejecutiva puede no decidirla el autor, sino un tercero. Y ese tercero puede, a su vez, obrar de forma típica y entonces ser coautor o partícipe o bien obrar de forma atípica, esto es, amparada por el riesgo permitido, neutral, o en error” (p. 2).

De allí, resulta fundamental que coexistan dos o más sujetos y que entre ellos se dé un dominio funcional del hecho para llevar a cabo la violación de una norma, a través del superior jerárquico.

En relación con la posición de garante, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 25º del Código Penal, esta institución supone que toda persona (agente) que tenga el deber (jurídico) de proteger un bien jurídico, debe evitar que se materialice un resultado lesivo contra el bien protegido. Ahora, esta figura es utilizada para responsabilizar en eventos de omisión, cuando quien está llamado a defender el bien jurídico, de peligros que lo amenacen, no lo haga. Cabe aclarar que, quien tiene

la obligación de actuar por asumir una posición de garante puede transferir su deber a otro sujeto y así excluir su propia responsabilidad, siempre que la delegación no esté prohibida y que la persona elegida ofrezca las mismas garantías reales que él podría poner a disposición de los afectados. Es decir, se debe elegir a una persona idónea.

Para que opere esta transferencia de calidades y genere todos los efectos deseados, el delegante debe darle al delegado facultades de decisión y medios para que materialice sus determinaciones. Empero, la delegación solo opera con la dotación del necesario dominio, lo que implica dominio material y funcional (dirección personal). No obstante, cuando se delegan funciones, aunque de entrada se puede alegar el principio de confianza, existe un deber de diligencia a la hora de elegir y vigilar al delegado, so pena de incurrir en *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*; en fin, si no se cumple este presupuesto, y se terminan delegando funciones en una persona inhábil, el delegante será responsable por no impedir el resultado típico (Sánchez-Vera, 1995).

En cuanto al principio de confianza, este permite establecer responsabilidades a cada persona, según el rol desempeñado y de acuerdo con la división del trabajo que existe en la sociedad (Reyes, 2005, citado en Abello, 2009). Este principio supone que los ciudadanos tienen derecho a confiar que las personas actúan conforme a derecho. No obstante, esto no se puede predicar para el superior, que es responsable por el control y supervisión del trabajo de su subordinado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda tener por algún error en la escogencia de la persona según experiencia y capacidad. Por consiguiente, el nivel de control y supervisión que debe ejercer el superior sobre el trabajo del subalterno se aumenta o disminuye de acuerdo con la capacidad y experiencia de este último.

Así, la responsabilidad sobre los actos de subalternos depende en gran medida de la demostración de diligencia en el control y vigilancia de los asuntos, pues la ampliación de la punibilidad por los criterios que ya se explicaron hace muy difícil la situación del empresario, dada su posición de garante (Foffani, 2010). En obediencia de lo anterior, la responsabilidad del administrador, por hechos desplegados durante su oficio, tiene lugar sólo cuando se encuentra en ejercicio de su cargo e incumpliendo sus funciones. Resulta innegable que este podrá eludir su responsabilidad si demuestra que no tuvo dominio del hecho (por delegación), y que fue diligente en la elección y vigilancia del subordinado. En caso contrario, podría responder de manera culposa, por una mala selección de medios.

De cualquier manera, la imputación de una conducta punible por imprudencia es limitada en vista que esta figura responde a un sistema de *numerus clausus*, como lo dispone el artículo 21º de nuestro Código Penal. Aplicación que para estos eventos de crímenes económicos se exagera, dado que muchas veces se exige un elemento subjetivo especial de percibir un beneficio propio o a favor de un tercero.

2.2. Responsabilidad de los administradores a la luz del Derecho Penal.

Bajo el esquema de Jakobs, el delito es un comportamiento objetivamente imputable, culpable y evitable, que una vez se presenta tiene por consecuencia la sanción del agente que lo cometió por no evitar el resultado evitable, estando obligado a hacerlo (Jakobs, 1997, p. 115). El fundamento de la imputación desde esta perspectiva se basa en roles, en virtud de los cuales se generan expectativas normativas. Frente al rol genérico de ciudadano cada sujeto tiene su propia esfera. Luego, el ciudadano responde por su propia esfera teniendo el deber negativo de evitar afectar a los demás ciudadanos comunes, lo cual se conoce como el principio de autorresponsabilidad o responsabilidad por el dominio propio de la esfera de organización (Medina, 2010). En el marco del rol del ciudadano hablamos de delitos de dominio, en contraste, en caso de roles especiales, se tendrán delitos especiales. Esta clase de roles pueden derivarse de una vinculación institucional o ejercicio de un cargo, y se traducen en delitos de infracción de deber (Jakobs, 1997, p. 348).

En lo que respecta a los delitos de dominio no hay ningún problema en imputar estos injustos, porque básicamente exigen una conducta negativa del sujeto, la cual consiste en dejar de hacer algo que le era exigible. Así pues, en el caso de delitos de dominio comunes, para el supuesto de los miembros de la empresa, bastará que el sujeto cuente con funciones de administración que permitan atribuirle el dominio del riesgo prohibido.

Mientras que, en los delitos especiales de dominio, la asunción debe contar además con una apariencia como administrador de la empresa (Medina, 2010). En la medida que en los delitos especiales el dominio del riesgo se particulariza en el administrador de la empresa (dominio social), es necesario que el administrador de hecho aparezca ejerciendo realmente las funciones de administración desde las cuales se pueda afectar el bien jurídico tutelado, que en estos casos será el patrimonio económico de la persona jurídica o de los socios u accionistas. Respecto de los

delitos de infracción al deber, la situación es distinta. No interesa el dominio del riesgo, común o social, porque estos delitos no castigan la comisión, sino la omisión, teniendo un deber de actuar (García, 2006, p. 2).

Como puede intuirse, la imputación penal se estructura sobre la base de dos criterios normativos de ordenación social distintos: el dominio de los riesgos en la propia organización y los deberes especiales atribuidos a una persona a partir de instituciones sociales específicas. Debe quedar claro que no se trata de una propuesta de organización social, sino de estructurar las expectativas normativas que pueden tener los ciudadanos (García, 2006, p. 2).

En fin, el reto que representa la criminalidad corporativa para el Derecho Penal puede ser solucionado si se actúa conforme al principio de la responsabilidad personal, que supone que cada sujeto responde por su grado de participación en los hechos delictivos y según su nivel de culpabilidad en los mismos (Foffani, 2010). Acorde a esto, con la prohibición de la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito penal, se debe demostrar que la conducta desplegada tuvo una relación de riesgo con el resultado acaecido (López, 1996). Ahora bien, atendiendo esto, habrá que establecer cómo se puede estructurar la responsabilidad penal de los protagonistas del mundo corporativo. A saber, los administradores y los miembros de los órganos de gobierno social.

2.2.1. Administradores.

En primera instancia, se entiende por administrador aquel sujeto que ostenta un dominio sobre los medios de los que se sirve la estructura empresarial y que se empeña en dar desarrollo a las actividades empresariales. Cabe resaltar que esta persona debe contar con cierto reconocimiento, ya provenga de la sociedad o de terceros, que se dé mediante los estatutos o un nombramiento. En este sentido, al administrador se le atribuye responsabilidad de manera individual por el delito cometido, con independencia de la eventual responsabilidad de la persona jurídica. Para ello, tiene que haber actuado directamente (será autor), o estar inmiscuido en un acuerdo conjunto tomado por los directores competentes que pertenecen al órgano de administración respectivo (será coautor) (Ramírez *et al*, 2019, p. 67).

Como ya se ha expuesto, el administrador es garante de la tutela del bien jurídico del patrimonio económico de la sociedad que representa. Posición que debe derivarse del marco legal aplicable a la actividad desarrollada. Aunque esta posición de garante ayuda a estructurar la responsabilidad

penal individual a título de autor de los administradores, debido a que esta conlleva deberes de vigilancia, solo será utilizada en casos de omisión como lo estipula el artículo 25° del Código Penal. Igualmente, puede atribuirse la condición de coautor, bajo el entendido que exista un acuerdo entre los sujetos y que puedan cumplir las condiciones necesarias de ser autor. Ahora, en aquellos delitos especiales, al coautor que no cumpla con las características exigidas, se le llamará interviniente.

Aunque el administrador puede desligarse de esta labor de vigilancia, en aquellos supuestos en donde se oponga a la toma de decisiones o no tome parte en las mismas, una inobservancia en sus funciones de cuidado podría acarrearle responsabilidad penal, siempre que esta sea dolosa. En materia penal, los administradores responderán por conducto de los deberes atribuidos a su persona en virtud de la relación de representación que tienen con la sociedad, lo cual se ha conocido como teoría de la representación (Rodríguez, 2019). Esta tesis consiste en que el administrador responde por todo lo que haga la empresa excepto si en las actas de reunión de las asambleas se estipuló que él no responda. Supuesto que no es aplicable en Colombia, en virtud que el legislador ha entendido que las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades se tendrán por no escritas.

Finalmente, para que un administrador pueda disminuir su grado de responsabilidad por la toma de una decisión ilícita debe oponerse a la misma y realizar todos los actos tendientes para dejarla sin efecto (Foffani, 2010). No obstante, a lo sumo esto le servirá para atenuar la posible pena imponible, pero no para eludir la responsabilidad penal. Que se configura en los supuestos en los que un administrador, en ejercicio de sus facultades e infringiendo los deberes propios de su cargo, comete una conducta punible en detrimento de una persona que tenga relaciones jurídicas con la empresa (accionistas, acreedores, empleados, etc.).

Por último, es importante recalcar que solo puede reprocharse el comportamiento del administrador que haya tenido dominio sobre su acción. No debe olvidarse que el dominio del hecho se configura siempre que el administrador “mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, sea señor sobre la realización del tipo” (Welzel, 1969, p. 99). Dicho de manera más simple, solo podrá responder penalmente el administrador que dolosamente tenga en sus manos las riendas del acontecimiento típico y que haya actuado en detrimento de los deberes generales y específicos propios de su cargo.

2.2.2. Administradores de hecho.

Como en el asunto de estudio pueden existir sujetos que actúan como administradores, pero no están constituidos formalmente como tal, es dable preguntarse si la extensión de las normas aplicables a los administradores de derecho para estas personas también tiene cabida en el Derecho Penal. Así, Arroyo Martínez (2001) explica que la expresión administrador de hecho es aglutinadora de muy diversas situaciones heterogéneas que tienen en común el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador por quien carece de la condición como tal. Recordando lo establecido en la Ley 1258 de 2008, se tendrá por administrador de hecho a todo aquel que *de facto* ejerce las funciones o realice los actos propios del desempeño de dicho cargo sin tener un nombramiento conforme a las disposiciones legales. Por lo cual, no se debe entender como la simple connotación negativa del administrador de derecho.

En cuanto al régimen de responsabilidad penal de los administradores de hecho, se parte del supuesto que no pueden representar válidamente a una sociedad, luego no podría atribuírseles responsabilidad por incumplir un deber que solo tiene aquel que efectivamente cumpla con los requisitos formales. Por ello, la cuestión a resolver sería, de qué manera al administrador de hecho se le atribuye un delito cuando jurídicamente no está obligado a actuar con diligencia, lealtad y buena fe.

En los delitos de dominio, siempre que se dé el requerido control, el administrador de hecho podría ser responsabilizado, pues cumpliría con el presupuesto básico de esta figura. Por el contrario, en los delitos de infracción de un deber, la regla general es que solo el administrador de derecho resulte penalmente responsable. Para García (1999), la determinación de la responsabilidad penal del administrador de hecho depende de la bipartición en delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, a pesar de que solo pueda imputarse por los delitos de dominio.

De tal forma, con relación a los administradores de hecho, pueden presentarse tres supuestos: El primero consiste en el administrador “testaferro”, el cual es administrador de derecho, pero no asume labores de administrador. Por tanto, esta limitación del espectro de conductas a actos formales, lo cual lo convierte en un administrador de hecho (García, 1999). Un claro ejemplo se evidencia cuando presta su nombre para adquirir bienes o en general hacer cualquier actividad ocultando al hombre de atrás. Así pues, si es un delito común, bastará con la efectiva asunción de

las facultades de administración desde las que se deriva el riesgo prohibido para poder imputarle el delito; por su parte, si es un delito especial de dominio será necesario demostrar que el administrador de hecho ejercía funciones administrativas, pero no al punto de requerir una apariencia formal. Ello, en virtud que, para que una persona resulte competente por un aspecto que no tiene asignado jurídicamente, debe existir un acto exteriorizado que permita la atribución social de este ámbito de organización (García, 2006, p. 1 - 12).

A su turno, el administrador de derecho, que solo ha prestado su nombre, es partícipe (cómplice) del delito cometido por el administrador de hecho porque realmente no tiene dominio funcional (García, 2006, p. 1 - 12). Sin embargo, frente a este punto se podría llegar a la discusión de considerar que no es partícipe, porque el administrador, aún testafarro, sabe que se está prestando para la actividad ilícita y además está incumpliendo unos deberes positivos de evitar un resultado lesivo, por lo tanto, sería autor por omisión lo cual lo convierte en coautor. Con todo, frente a este punto no hay una posición unánime.

El segundo supuesto hace referencia al administrador de derecho “sumiso” que no solo se limita a lo formal, sino que en efecto realiza actos de administración, pero cumpliendo órdenes (voluntariamente) del administrador de hecho, denominado el hombre de atrás. En este caso, el administrador de hecho responde como autor en los delitos de dominio, porque tiene el dominio funcional (García, 1999). En cambio, la responsabilidad del administrador de hecho es discutible si es un delito común. En este sentido, el hombre de atrás más que determinador podría verse como coautor, en la medida en que pueda plantearse que existe una distribución del trabajo. De tal manera, si se está ante un delito especial, en tanto que el hombre de atrás no reúne la calificación de sujeto activo calificado, el administrador de derecho será autor y el administrador de hecho interviniente. Sin embargo, en el derecho colombiano, ambos tendrían dominio del hecho y por lo tal incurrirían en responsabilidad penal.

Desde una perspectiva político-criminal, el hecho de que procesen al administrador o al empleado de una sociedad no evita que quien está detrás de esta se favorezca impunemente de la conducta punible realizada por este sujeto. La persecución penal tampoco evita que la conducta no se vuelva a cometer, pues tal y como lo afirmó la Corte Constitucional en las Sentencias C-843 de 1999 y C-558 de 2004, en muchas ocasiones la comisión de un delito hace parte del presupuesto empresarial, y así se castigue al autor material, la empresa sigue favoreciéndose desde el punto de

vista económico (Foffani, 2010). Argumento que serviría para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sobre el cual no se profundizará por no ser este el asunto a tratar.

El tercer evento, se traduce en que el administrador de derecho es instrumentalizado vía coacción o error, por el administrador de hecho, también llamado para estos efectos hombre de atrás (que presupondría una autoría mediata). En este orden de ideas, en los delitos comunes el administrador de hecho es un autor mediato y el administrador de derecho, al ser instrumento, no respondería.

En contraste, en los delitos especiales, se discute si la responsabilidad en efecto alcanza a cobijar al administrador de hecho por no cumplir con las condiciones necesarias para ser sujeto activo. Para García (1999), la forma de solucionar esta cuestión es indagar si el requisito del sujeto activo recae sobre la empresa, aplicando la figura de actuar en lugar de otro puede dar paso a que el administrador de hecho responda directamente como autor en lugar de la sociedad. Por su parte, si el elemento especial recae sobre el administrador de derecho, teniendo en cuenta el dominio sobre la apariencia podría permitir cobijar al administrador de hecho con responsabilidad a título de autor mediato.

En conclusión, es posible endilgar responsabilidad penal a los administradores por el control que ejercen dentro de una sociedad. Con todo, es necesario demostrar que ejercieron el dominio requerido respecto del acto investigado. Como se expuso, es más fácil construir la imputación en contra de los administradores de derecho, comoquiera que por las formalidades de su rol, una vez se apartan de sus deberes se configuran con mayor facilidad supuestos que conduzcan a responsabilidad penal. Lo que, por el contrario, se dificulta ante un administrador de hecho, ya que a este no se le pueden exigir los deberes legales y estatutarios de administración. Empero, la barrera sobre la imputación de este puede ser superada tomando estándares como el dominio del hecho o la figura del interviniente.

2.2.3. Personas de Órganos Colegiados

En relación con la responsabilidad de los miembros de junta directiva, en caso que den una orden o tomen una decisión que cause una lesión o ponga en peligro un bien jurídico, se les imputaría el delito a título de autores. Sin embargo, en un segundo supuesto en el que la junta

directiva apruebe la ejecución de un comportamiento injusto, se debería imputar a título de coautoría, siendo su aprobación un aporte esencial a la realización de la idea criminal, así esta haya surgido en su mente.

En similar sentido, si se allega o proporciona información falsa a la junta directiva para que tome una decisión, esta podría alegar en defensa el principio de confianza. El problema de este supuesto, es que ser parte de la junta directiva exige cierto nivel de calificación, por lo que sería fundamental analizar la debida diligencia de cada uno para desestimar cualquier evento de *culpa in eligendo e in vigilando*. Aunado a lo anterior, no debe olvidarse que estas personas también podrían ser consideradas como garantes del patrimonio económico de la sociedad, por lo que podrían aplicarse las mismas precisiones que se expusieron en caso de los administradores.

A su turno, si uno de los miembros de la junta no asistió a las reuniones en las que se aprobó la ejecución de conductas ilícitas el debate será si debe responder o no. Aquí, es importante establecer si el secretario le corrió traslado del acta de la sesión, por lo que si ratifica la decisión sería autor por falsedad en documento (debido a que tendría que firmar un acta, como dando a entender que asistió a la reunión cuando ello no fue así) y coautor del delito previo o concomitante a la decisión. Ahora bien, si vota en contra, pero no denuncia no responde por el delito previo, pero sí por el favorecimiento a la conducta punible de sus compañeros. Por lo cual, la forma para eximirse de responsabilidad es la puesta en conocimiento de las autoridades competentes de la toma de una decisión ilícita que puede causar una lesión o pone en peligro a la sociedad y a su patrimonio (Foffani, 2010).

En suma, para que se pueda eludir cualquier forma de responsabilidad por la toma de una decisión ilícita dentro de órganos colegiados del gobierno societario, el respectivo miembro de la junta directiva deberá oponerse a la aprobación y ejecución de esta y si no puede detener su comisión, realizar todos los actos tendientes para dejarla sin efecto. De esta forma, se configura una responsabilidad por acción cuando la persona apruebe una decisión que es ilegal, y una responsabilidad por omisión en caso de que no realice las acciones propensas a dejar la decisión sin efectos.

Frente a la postura de los roles, definitivamente se amplía el espectro de punición, cumpliendo con la necesidad político criminal de prevenir la impunidad en las estructuras societarias. De

cualquier manera, esta se considera excesiva en la medida que muchas veces se ataca una persona simplemente por una calidad –en este caso la de administrador– y no por lo que realmente tuvo capacidad de hacer. Lo que, a todas luces, parece un regreso al Derecho Penal de Autor. Por ende, más que imputar al administrador por su simple calidad, lo ideal es responsabilizarlo por aquellos actos de los cuales tuvo dominio (Foffani, 2010). Finalmente, vale precisar que cada caso en concreto debe examinarse con detenimiento, para establecer si la persona actuó conforme a derecho, y en caso de omisión si teniendo el deber de actuar no lo hizo (Gómez, 2003, citado en Abello 2009).

2.3. Los delitos típicamente ejecutados por los administradores

Habiendo dejado en claro quién puede ser considerado como administrador y cuáles son sus funciones, tanto desde una perspectiva del Derecho Corporativo, como partiendo de la óptica del Derecho Penal, ahora resulta prudente analizar lo relativo a qué conductas punibles pueden ser ejecutadas por un administrador en ejercicio de su cargo. Claramente, tomando en consideración que las empresas y la estructura corporativa pueden prestarse como escenarios idóneos para la comisión de conductas punibles (Nieto, 2018).

Lo anterior, en la medida que esa “actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios” (Presidencia de la República de Colombia, 1971, Art. 25), compone una fuente de riesgos penalmente relevantes que idealmente deberían ser mitigados por los miembros de la organización empresarial. En términos penales, se estaría ante un clásico caso de deberes de aseguramiento sobre una fuente de peligro que se derivaría de actividades empresariales. Es por esto, que se ubicará la mirada en los eventos en los cuales miembros de la organización incumplan sus deberes y terminan incurriendo en conductas punibles con ocasión de su comportamiento.

Cabe aclarar que este análisis se centrará en los administradores, en vista que son a quienes se les confía la gestión del negocio y la representación legal del mismo. Máxime, si se toma en cuenta que ese rol especial, ejercido dentro de la sociedad, permite fundamentar su título de imputación objetiva. Dado que, en términos de Jakobs (2009, p. 21), se necesita una desviación del sujeto respecto de su rol para poder castigarlo.

En este orden de ideas, aunque los administradores (ya sean de derecho o de hecho) pueden cometer una variedad de delitos en el ejercicio de sus funciones, como aquellos contra el orden económico y social (por ejemplo, puede plantearse el caso de un administrador de una sociedad que se dedica a prestar servicios de financiación, y que en uno de los negocios jurídicos que celebre sobrepase en 1.5 veces el Interés Bancario Corriente, incurriendo en el delito de usura) o contra la fe pública (piénsese en un administrador que incurre en una falsedad documental, al falsificar los estados financieros de la compañía para ocultar el déficit y así evitar el cierre de esta). Lo cierto es que aquellos verdaderamente relevantes para el planteado objetivo serán los delitos cuya tipificación supone un incumplimiento por parte del sujeto en relación con sus funciones y/o deberes.

La limitación del espectro de conductas punibles a analizar encuentra sentido en atención a que muchos tipos penales pueden presentarse en un contexto empresarial, pero sólo unos pocos tienen una relación inescindible con las funciones asignadas a los administradores. De tal forma, serán dos los tipos penales cuyo estudio se realizará en el presente apartado. Así, en un primer momento se analizará el delito de Administración Desleal (Art. 250 B), que puede ser resumido como la indebida administración de un patrimonio ajeno, en perjuicio de su titular. Por otra parte, se estudiará la Corrupción Privada (Art. 250 A), como la traspolación de ciertas dinámicas de los delitos contra la administración pública a la esfera empresarial.

Ahora bien, aunque teóricamente los mencionados ilícitos podrían ser categorizados como delitos societarios, esto es como hechos delictivos ejecutados en el seno de sociedades comerciales cuyos autores son personas que desempeñan funciones de administración (Martínez-Buján, 2013, p. 432), lo cierto es que en Colombia no pueden ser catalogados como tal. Ello, como quiera que, a diferencia de España que en su Código Penal en el Capítulo XIII del Título XIII, tipifica los delitos societarios; en nuestra nación aún no se han diferenciado como bienes jurídicos independientes el patrimonio económico individual del social. Lo cierto, es que si bien estas conductas punibles se encuentran en el Título VII del Código Penal “Delitos contra el Patrimonio Económico”, son pluriofensivos, puesto que lesionan en primer medida intereses patrimoniales y en segunda instancia el orden socioeconómico (Castro & Perdomo, 2018, p. 3).

De cualquier manera, no se pretende hacer un análisis profundo sobre la Administración Desleal (Art. 250 B) y la Corrupción Privada (Art. 250 A), en cambio se buscará exponer el porqué de su

naturaleza delictual, su estructura típica básica y ciertas problemáticas que se han identificado en su aplicación, y cómo podrían ser solucionadas. Sobre su introducción en el ordenamiento jurídico colombiano, vale recordar que ambos delitos fueron incorporados al Código Penal mediante la Ley 1474 de 2011, también llamada Estatuto Anticorrupción. Normatividad que buscó remediar el flagelo de la corrupción. Problema que no solo afecta al sector público, sino que es latente en la órbita empresarial, por lo que con esta norma se propendió por adaptar la respuesta del Estado a las nuevas formas de corrupción y criminalidad corporativa.

Por consiguiente, es dable afirmar que la incorporación de estos tipos penales obedeció más a una cuestión de política criminal, en términos de prevención de la criminalidad empresarial y consolidación de la sana competencia, que a una necesidad dogmática por buscar soluciones a problemáticas materia de teoría del delito (Bernate & Aranjuez, 2018, p. 609). Lo cual nos da un indicio que, al no tener en cuenta ciertas cuestiones dogmáticas se cometieron errores enmendables en la tipificación de estos delitos, que se pretenden identificar y proponer posibles alternativas para superarlos.

Así pues, dejando de lado esta breve introducción se procede con el propuesto examen sobre los delitos típicamente cometidos por los administradores de una sociedad, en función de su cargo.

2.3.1. Sobre la Administración Desleal.

Es el delito en el que, por excelencia, pueden incurrir los administradores, ya que de su propio nombre se colige que se le castiga por la incorrecta gestión de un patrimonio que se le ha confiado. Este tipo penal, se encuentra en el Capítulo V “Del Abuso de Confianza” del Título sobre los delitos contra el patrimonio económico, concretamente en el artículo 250 B del Código Penal, introducido por el Estatuto Anticorrupción, 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 de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Congreso de la Republica, 2000).

Antes que nada, nos encontramos frente a un tipo penal prácticamente nuevo, que fue introducido en el ordenamiento jurídico nacional en el año 2011. Por tal motivo, a la fecha, no se cuenta con interpretaciones por parte de los Altos Tribunales, concretamente de la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que exponga puntualmente cada uno de sus elementos estructurales. En consecuencia, la doctrina ha reconocido que “los elementos del tipo penal deben ser deducidos del contenido implícito del texto legal” (Bacigalupo, 2007, p. 204). Entonces, el presente análisis se basará en las interpretaciones que puedan desprenderse del texto del delito, así como de los dichos de la academia.

Al analizar la estructura típica básica del delito en comento, salta a la vista que exige una calificación especial del sujeto que lo cometa, debido a que únicamente el administrador de hecho o de derecho, socio, directivo, empleado o asesor de una sociedad, bien sea que esté constituida o se encuentre apenas en formación, puede ser sujeto activo del mismo. Sobre este asunto, aunque haya una multiplicidad de sujetos activos que pueden cometer la conducta, hay un problema en el sentido de quién puede ser considerado como administrador, dado que en nuestro ordenamiento jurídico no se tiene una definición explícita de esto. A lo sumo, en el artículo 22° de la Ley 222 de 1995 solamente enuncia que son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones.

De esta forma, hay que recordar que el administrador de derecho es el que se encuentra facultado por ley, estatutos, y por la debida inscripción en el registro mercantil para llevar a cabo la gestión de la empresa. En cambio, el administrador de hecho no cuenta con las características formales necesarios, pero actúa como tal y de ahí a que pueda ser responsabilizado penalmente (Suárez, 2013, p. 400). A su turno, en cada caso se deberá indagar por la persona que cumpla, o haya debido cumplir, con los deberes de administración de la sociedad. Para ello, vale recordar que genéricamente estos son obrar de buena fe, con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios de acuerdo con el artículo 23° de la Ley 222 de 1995, y de manera particular los que se expongan en el contrato social.

En relación con la gran cantidad de miembros del engranaje corporativo que se enlistan como posibles sujetos activos, vale decir que esta resulta un tanto irónica. Ello, en vista que daría a entender que se están equiparando las faltas en las que incurra un empleado u asesor con las que

cometa un administrador. Lo cual, a todas luces es descabellado, puesto que, como la doctrina lo ha señalado, este delito puede ser considerado como el más grave de los injustos patrimoniales en atención a que en este caso el ataque al patrimonio no proviene de alguien que es ajeno al mismo (como por ejemplo en el caso de un hurto), sino de la persona llamada a ser un garante de su protección y salvaguarda que se extralimita en sus prerrogativas y atenta en contra de aquello que se comprometió a defender (Nieto, 2018, p. 250-251).

Se puede inferir que no es lógico introducir un delito en el que expresamente se busca castigar a los administradores por haber faltado a sus deberes y castigar con este a funcionarios que no detentaban el mismo poder que aquellos. Un ejemplo que se ha trazado es el de los asesores, quienes en la mayoría de las ocasiones se limitan a aconsejar a los directivos de la empresa (Hoyos, 2019, p. 48). Lo mismo se puede predicar de los empleados de la sociedad, también incluidos como posibles sujetos activos del delito, quienes muchas veces no cuentan con las facultades propias de la gestión de la sociedad, y en una eventual indebida realización de su trabajo terminarían incurriendo en un delito especial, cuando este no sería el fin de protección de la norma penal analizada. Para recordar, en la Teoría de la Imputación Objetiva se exige que la norma penal sea aplicada a los supuestos para los cuales fue específicamente creada (López, 1996, p. 173), lo cual no se evidencia en este evento, al menos en términos teóricos.

A pesar de lo anterior, se considera que esta tipificación un tanto abierta en materia de sujetos activos se debe a que muchas veces una persona puede figurar dentro de la organización empresarial como empleado, asesor, u otro cargo de menor nivel, cuando en realidad es quien direcciona la sociedad. Dicho de otro modo, esta técnica legislativa de incluir una diversidad de cargos que puede detentar el sujeto activo de la conducta se justificaría en las maniobras fraudulentas que a veces se ejecutan dentro de las sociedades para ocultar quién es el verdadero administrador (ya sea este uno de hecho o en las sombras). No obstante, esto ya sería abarcado al incluir como sujeto activo al llamado administrador de hecho, pues cualquier persona, sin importar su cargo o jerarquía dentro de la empresa, podría ser catalogado como tal (Nieto, 2018, p. 260-262).

En relación con el sujeto pasivo de la conducta, se tiene que este podría ser suplido por dos personas. Así, ha existido un debate en torno a si el afectado es la sociedad, como persona jurídica, o los socios y accionistas de esta. Sobre la primera posición se ha defendido que en estricto sentido

la sociedad es la titular del patrimonio afectado (Hoyos, 2018, p. 49-50). En cambio, por la segunda opinión, Bacigalupo (2007, p. 441-442) afirma que esta condición la ostentan los socios, depositantes, o titulares de los bienes o capital que la sociedad administra o por los que se encuentra conformada.

Igualmente, hay una postura ecléctica que predica la existencia de al menos dos sujetos pasivos en el delito, tanto la sociedad como sus accionistas (Luzón Peña & Roso Cañadillas, 2013, p. 210). Tesis que se adopta, en la medida que la tipificación del delito incluye a la sociedad mercantil como titular de los bienes dispuestos y a los socios de esta como perjudicados patrimonialmente por la conducta.

La anterior calificación dual del sujeto activo de la conducta punible, aunque no es errónea, no deja de ser problemática, en razón a que las sociedades no son las únicas personas jurídicas que cuentan con patrimonios que pueden ser afectadas por un mal manejo de administrativo. En este orden de ideas, se pueden mencionar como ejemplos los conjuntos residenciales sometidos al régimen de propiedad horizontal y las entidades sin ánimo de lucro como fundaciones o corporaciones, que también pueden llegar a ser víctimas de un fraude ejecutado por sus administradores, pero a quienes no cobijaría esta norma. Eventos en los que, al menos en lo que respecta sobre este delito se presentaría una atipicidad objetiva, y más bien podría ser encuadrado dentro de un Abuso de Confianza (Art. 250).

Por consiguiente, para remediar este error sería prudente realizar una reforma al texto del tipo penal para que se castigue el manejo fraudulento ejercido por los administradores, respecto de los bienes de estas personas jurídicas. Esto, con el ánimo de enviar un mensaje de política criminal a la sociedad, en la medida de censurar la integridad de los malos manejos por parte de los administradores, sin que sea relevante la persona jurídica administrada. Puesto que, no se puede tomar como más valioso el bien jurídico de unas personas que el de otras.

Ahora bien, conforme a la ubicación del tipo dentro del Código Penal, el bien jurídico que se tutela a través de la penalización del delito de administración desleal es el patrimonio económico, entendido como “de carácter individual que busca garantizar la propiedad y demás relaciones jurídicas con contenido económico de las personas” (Corte Suprema de Justicia, 2014, p. 35). Del cual, se tendría que su titular primario es la persona jurídica afectada, y en manera secundaria los

socios que componen la misma, puesto que serán quienes percibirán un menoscabo en sus finanzas en el evento de una defraudación a la sociedad. Tampoco debe confundirse el bien jurídico salvaguardado por este delito, con su objeto material de protección, pues en este caso el patrimonio económico como concepto y derecho a la propiedad (a saber, como bien jurídico) se compagina con la protección del conjunto de bienes de la sociedad y de los socios (v.gr, el objeto material de protección) (Suárez, 2013, p. 403).

A su vez, es un delito de conducta alternativa y de ejecución instantánea, puesto que supone que se configura por la realización disyuntiva de alguno de los dos verbos rectores, a saber: i) “disponer” fraudulentamente de los bienes de la sociedad o ii) “contraer” obligaciones a cargo de esta con abuso de las funciones que se tienen al interior de la empresa. Al no existir definición jurisprudencial de las dos conductas, se debe acudir a la definición universal que nos ofrece la Real Academia Española para entender cada uno de los verbos rectores.

De tal suerte, la conducta disponer es definida como “deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse” (Real Academia Española, 2021), deliberación o determinación que para efectos del tipo penal debe ser entendida como la disposición de los recursos de la sociedad en detrimento de los intereses de los socios de la compañía. Al respecto, la doctrina ha señalado que el verbo disponer ha de entenderse como “toda clase de utilizaciones o aprovechamientos de los bienes que integran el patrimonio social (por tanto, también los comportamientos de hecho o simples usos), con tal de que tales usos no supongan para el administrador una atribución definitiva de dominio” (Martínez-Buján, 2013, P. 448).

Por otro lado, el verbo contraer debe ser entendido como “asumir una obligación o un compromiso” (Real Academia Española, 2021), que debe comportar un elemento subjetivo encaminado a obtener un resultado que, según se desprende del tipo, será el perjuicio patrimonial para quienes tengan participación al interior de la sociedad. Esta contracción de obligaciones incluye, en principio, cualquier acto de gravamen sobre los bienes sociales. Al respecto, la doctrina ha entendido que contraer obligaciones con cargo a los bienes de la sociedad implica hacerla aparecer como titular de cargas que no responden a los objetivos sociales, sino que están dirigidas al beneficio del sujeto activo o de un tercero (Morillas Cueva et al., 2011).

Realizando una interpretación sistemática del tipo penal, la imposición de la exigencia de un provecho propio o de terceros puede llegar a limitar la aplicación de este delito. Puesto que, un mal manejo de los bienes y haberes de la sociedad se puede presentar de manera intencionada sin que se busque un beneficio propio o ajeno. Sobre este particular, puede pensarse en el caso de un administrador al cual se le informó que en un futuro se prescindiría de sus servicios de gestión, y este en venganza comienza a disponer de manera fraudulenta de los bienes de la sociedad en el tiempo que aún le resta para finalizar su vínculo. Evento en el que se presentaría una atipicidad objetiva de la conducta, por no concurrir los elementos necesarios para una inequívoca encuadración del tipo penal.

Igualmente, en lo que atañe a los demás requisitos objetivos del citado tipo penal, debe señalarse que ha sido catalogado como un delito de resultado, por cuanto se exige la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo, directo y económicamente evaluable (Martínez-Buján, 2013, P. 444). Por otro lado, este delito cuenta con diversos elementos normativos, conforme a los cuales es imprescindible que el sujeto actúe con abuso de las funciones propias de su cargo, lo que supone reconocer que tiene capacidad legal para disponer o gravar los bienes sociales. Para agotar la instancia de la tipicidad, en lo tocante a la modalidad de la tipicidad subjetiva, la administración desleal exige para su materialización un dolo, es decir, la concurrencia en el sujeto activo del conocimiento de los hechos y la voluntad de su realización. Que puede presentarse en tres modalidades, de forma directa, indirecta y hasta eventual.

La parte subjetiva del tipo penal se considera totalmente acertada, pues sería una equivocación castigar penalmente, por culpa, a los administradores que generen un perjuicio económico a las sociedades que gestionan. Puesto que, la actividad comercial comporta riesgos que no son previsibles, y en este sentido se podría castigar al sujeto por una acción de la cual no tuvo dominio. Entonces, es correcto solo perseguir penalmente las transgresiones más relevantes a los deberes como administrador (a saber, cuando se actúe con dolo). A fin de cuentas, en caso de culpa o negligencia que genere un perjuicio económico a la sociedad, los socios podrán acudir a los mecanismos previstos en la Ley 222 de 1995, como la Acción Social de Reparación, para resarcir sus daños.

En lo que respecta a los sujetos que pueden concurrir para su realización, es un delito que admite todas las modalidades de concurso de personas: autoría y participación. Sin embargo, por ser un

tipo penal especial, la coautoría requeriría que los involucrados cuenten con la respectiva calificación exigida a los sujetos activos. Ahora, en caso de presentarse un aporte determinante de alguien sobre quien no concurren las calidades específicas exigidas, vale recordar que esto ya fue resuelto por la Honorable Corte Suprema de Justicia (2002) al establecer que en estas circunstancias existe la figura del interviniente. Que, es una especie de coautor que no ostenta las calidades de calificación supuestas en el tipo penal.

Resta decir que el delito de administración desleal no admite el concurso, en ninguna de sus modalidades, con los ilícitos que tutelen el bien jurídico del patrimonio económico. Como quiera que la amplitud del supuesto de hecho cubija las conductas previstas en otros tipos penales. De esta manera, en virtud del principio de consunción, la posible adecuación típica de cualquier otro punible supone hallarse en presencia de un concurso aparente. A efectos de ejemplificar, piénsese en el caso de un administrador que dispone fraudulentamente de los bienes de una sociedad, y por medio de artificios, logra contraer obligaciones irregulares con una empresa de la cual es socio. En este caso resultaría equivocado imputar al sujeto por un concurso entre estafa y administración desleal, pues por especialidad la conducta se puede subsumir en el segundo tipo penal.

2.3.2. Sobre la Corrupción Privada.

A diferencia de la administración desleal, si bien el presente tipo penal se desarrolla en un contexto empresarial, sus bases son diferentes a los lineamientos relacionados con el derecho societario, que fueron expuestos con anterioridad. De tal suerte, esta tipificación encuentra sus antecedentes en los instrumentos de Derecho internacional que Colombia ha suscrito en su lucha contra la corrupción. Entre otros cabe destacar los siguientes, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Positivizada mediante la Ley 412 del 1997 y aprobada por la Sentencia C-397/98), la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Positivizada mediante la Ley 800 de marzo 13 de 2003 y aprobada por la Sentencia C-962/03), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Positivizada mediante la Ley 970 del 13 de 2005 y aprobada por la Sentencia C-172/06).

Con esto en mente, era cuestión de tiempo que el país realizara las acciones tendientes a cumplir las obligaciones internacionales convenidas en los mencionados tratados. En consecuencia, aunque en Colombia ya existían como delitos todo un compendio de normas que sancionaban penalmente

lo que coloquialmente se conoce como corrupción en el sector público (a saber, los delitos en contra de la administración pública), no ocurría lo mismo con la llamada corrupción comercial. Por lo tanto, mediante la Ley 1474 de 2011 se tipificó este comportamiento que no estaba consagrado como tal en el ordenamiento jurídico. Con exactitud se encuentra en el artículo 250 A del Código Penal que versa:

“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” (Congreso de la República de Colombia, 2000).

Al terminar la lectura del tipo penal en comento son notables las diferencias que cuenta con la administración desleal, empero la característica común que los une es más fuerte que aquellos detalles que las diferencian. Esta situación es el contexto evidentemente empresarial en el cual se desarrollan ambos. Así pues, en este caso también se evidenciará como es un delito en el cual pueden incurrir particularmente los administradores como principales gestores dentro de las sociedades mercantiles.

En lo que atañe a la estructura típica básica del delito, se puede decir que ésta no reviste mayor complejidad. En primer lugar, se cuenta con un sujeto activo indeterminado, puesto que cualquier persona puede incurrir en esta clase de soborno, incluidos los miembros del engranaje corporativo como consta en el inciso 2º del articulado. Esto, tanto desde una perspectiva pasiva (exigir a un tercero una dádiva a cambio de una ventaja), como activa (ofrecer una dádiva para obtener una ventaja); dentro de las cuales se tiene que la primera solo podrá ser cometida por administradores,

directivos y/o empleados de la empresa, mientras que la segunda podría ser ejecutada por cualquier sujeto (Galán, *et al.*, 2017, p. 169).

En cambio, cuenta con un sujeto pasivo calificado que se traduce en la persona jurídica (sociedad, asociación o fundación) titular del bien jurídico protegido (Fiscalía General de la Nación, 2018, p. 14). Sobre este punto, este delito tiene un espectro de protección mayor al de la administración desleal, puesto que no se limita la protección penal a una clase específica de persona jurídica. Esta discordancia se torna especialmente interesante si se toma en cuenta que las dos tipificaciones fueron introducidas por medio del Estatuto Anticorrupción. Por lo que, valdría preguntarse porqué para este delito se otorgó un mayor estándar de protección penal a las personas jurídicas. Duda que, podría ser resuelta en razón a la supuesta especialidad del delito de administración desleal, como fue expuesto anteriormente.

Por otra parte, también es un delito de conducta alternativa, por lo que basta que se presente solo uno de los verbos rectores que se establecieron, los cuales varían de acuerdo con la modalidad de la conducta punible (Ballesteros, 2017, p. 238). Así, la modalidad activa del comportamiento se configura con las siguientes acciones: prometer, que es “obligarse a hacer, decir o dar algo” (Real Academia de la Lengua Española, 2021); ofrecer, que ha sido definido como “Presentar y dar voluntariamente algo” (Real Academia de la Lengua Española, 2021); y conceder, a saber “Dar, otorgar, hacer merced y gracia de algo” (Real Academia de la Lengua Española, 2021).

A su turno, la forma pasiva de la conducta se perfecciona si el miembro de la organización: recibe, dicho de una persona que “toma lo que le dan o le envían” (Real Academia de la Lengua Española, 2021); solicita, entendido como “Pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado” (Real Academia de la Lengua Española, 2021); o acepta, que supone “recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga” (Real Academia de la Lengua Española, 2021).

Ahora bien, en ambos supuestos de hecho, el objeto material sobre el cual recae la conducta es una dádiva o cualquier beneficio no justificado, que no se limita a contraprestaciones en sentido monetario o económico, pues lo esencial es que no encuentren justa causa. De tal forma, se tiene que la característica principal de este tipo penal consiste en la desviación de los intereses en la

gestión de empresas privadas que se dan al aprovechar defectos estructurales de la compañía, en beneficio propio y en detrimento de otros intereses privados (Carbajo Cascón, 2021, p. 286).

Así pues, al igual que en el caso de la administración desleal la conducta se debe cometer con detrimento de los intereses de la persona jurídica. En punto de esto, hay dos vertientes sobre cuándo se presenta el daño, la primera exige la causa de un perjuicio evidenciable y demostrable como consecuencia de la conducta punible, y la segunda supone la materialización de un peligro para la persona jurídica en atención a la conducta ejecutada (Fiscalía General de la Nación, 2018, p. 15). Al momento de tomar partido, se debe recordar que este es un delito de mera conducta y peligro. Por lo que, la segunda postura debe ser la indicada, en vista que el peligro en estos casos puede ser presumido. El hecho de exigir un daño constatable podría hacer que este delito se considerará como de resultado, cuando en verdad no exige un menoscabo efectivo en el patrimonio económico para su concreción.

Paralelamente, este delito cuenta con una circunstancia de agravación punitiva, como quiera que en caso de que se genere un perjuicio económico para la persona jurídica con ocasión de la conducta punible, la pena se aumentará. Esta característica del delito también llama la atención, puesto que se estaría sancionando a los implicados por la mera acción de incurrir en esas malas prácticas corporativas, en detrimento de la sana competencia del mercado (Velázquez, 2013, p. 1045 - 1046), y solo en los eventos en que se cause un daño patrimonial podrá aplicarse este agravante. Lo cual se considera como acertado, pues si la tipificación hubiera exigido un perjuicio patrimonial sobre las personas jurídicas, no se podrían castigar conductas constitutivas de corrupción, pero que por el contrario beneficiaron a la persona jurídica. Piénsese en el caso del directivo de una empresa que exige a un proveedor un soborno para contratarlo, pero cuyo precio terminó favoreciendo el balance comercial de la sociedad. En este caso, aunque no hubo afectación patrimonial, debe castigarse la conducta.

Finalmente, se tiene que su tipicidad subjetiva solo admite la modalidad dolosa, en sus tres acepciones, por lo que es necesario demostrar que el sujeto activo tenía conocimiento sobre los hechos constitutivos de la infracción penal y que perseguía su realización. Al igual que en el caso de la administración desleal, resultaría ilógico cualquier forma de castigo por culpa o negligencia.

Dicho lo anterior, y expuestas las bases sobre las que reposa la tipificación del delito de corrupción privada, es dable hacer una breve mención a porqué este se cuenta dentro de los delitos que típicamente pueden cometer los administradores. De tal suerte, al verse inmerso un administrador en esta conducta punible supone una clara inobservancia de sus deberes generales de lealtad, buena fe y diligencia. Claro está que, dependiendo de la modalidad de corrupción (si activa o pasiva), se afectará uno u otro deber. Por ejemplo, si bien el deber de buena fe puede predicarse como transgredido en ambos eventos, en caso de una corrupción activa se tendría que no se está actuando de manera diligente. En contraposición, si el administrador exigió una dádiva a cambio de la asignación de un contrato se estaría menguando el deber de lealtad hacia la sociedad.

Así pues, por la naturaleza corporativa de este delito -aunque en menor medida que la administración desleal- es dable catalogarlo como un injusto en el cual los administradores pueden incurrir en el ejercicio de su cargo. En vista que, al contar con el rol de encargados de gestionar los negocios de las personas jurídicas, pueden verse inmiscuidos con mayor facilidad en esta clase de malas prácticas corporativas.

2.3.3. Precisiones generales sobre los delitos típicamente cometidos por los administradores.

En resumen, a lo largo del presente apartado se expuso cómo el contexto corporativo y empresarial puede componer un escenario idóneo para la ejecución de conductas punibles. En este sentido, aunque en Colombia no es posible hacer referencia a delitos societarios, desde una perspectiva teórica tanto la administración desleal como la corrupción privada comportan especies de esta clase de conductas punibles (Ballesteros, 2017, p. 62). Tomando en cuenta lo anterior, se indagó por las implicaciones penales que pueden tener los administradores en el ejercicio de sus funciones como gestores del patrimonio de estas personas jurídicas.

De tal manera, aunque un administrador puede cometer una variedad de delitos en el desempeño de sus funciones, hay dos que particularmente se presentan cuando este se separa de sus deberes. Como se dejó sentado el tipo penal más común cuando de administradores se trata es la administración desleal, puesto que estos hacen parte del grupo de sujetos activos calificados que exige el injusto para su perfeccionamiento. Profundizando en el análisis, aunque la intención del legislador al tipificar este comportamiento era evitar el manejo fraudulento de los bienes de las sociedades por parte de sus gestores, terminó equiparando la labor, funciones y poder de los

administradores al de casi toda la planta laboral de la empresa. En este orden de ideas, la naturaleza especial del delito perdió su sentido.

Igualmente, se expuso cómo la exigencia de un elemento especial del tipo penal, como el provecho propio o de un tercero, dificulta la eficaz aplicación de este delito. Esto, aunado al hecho que por medio de la administración desleal solo se pueden sancionar las malas prácticas corporativas de los administradores de sociedades mercantiles, lo cual no encuentra sentido, en especial si se valora que el patrimonio económico de una persona jurídica no puede ser más relevante que otra y ambas merecen la misma protección jurídico-penal.

Estas falencias se pueden explicar debido a que este delito fue construido a partir de la necesidad de solucionar cuestiones de política criminal y no de hacer frente a problemas en materia de dogmática penal (Bernate & Aranjuez, 2018, p. 609). Por lo tanto, al no tener en cuenta las expuestas circunstancias se cometieron errores enmendables en la tipificación de este delito. Por lo que, se debería realizar una reforma legislativa buscando adecuar este tipo penal a las necesidades en materia de especialidad y objeto de protección.

Por otro lado, sobre la corrupción privada se realizó un análisis que dejó ver la irracionalidad del legislador, al incluir en este tipo penal ciertas circunstancias que deberían también figurar en la administración desleal. Elementos como una variedad de personas jurídicas protegidas (incluyendo a fundaciones y corporaciones). Diferencias que se dificultan entender en la medida que ambos delitos fueron incorporados a la normatividad Penal con el Estatuto Anticorrupción.

En síntesis, habiendo abarcado las particularidades de cada régimen de responsabilidad al que están sometidos los administradores en Colombia, es necesario continuar con los objetivos planteados y ver cómo los modelos de cumplimiento pueden incidir positivamente en esta materia. Especialmente, considerando que pueden ayudar a mitigar los riesgos y peligros que se desprenden de las malas prácticas corporativas ejecutadas por los miembros de la organización empresarial, cuyas consecuencias ya fueron analizadas.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL A LA LUZ DE LA ADOPCIÓN DEL *COMPLIANCE*

Como se expuso con anterioridad, el Derecho Penal es visto como una solución a problemas producto de la sociedad del riesgo; a raíz de ello, la Corte Constitucional (2002) ha sentenciado que la actual realidad ha traído consigo que los conceptos tradicionales del Derecho Penal y la Política Criminal muten constantemente. En consonancia, como efecto del proceso de modernización de los modelos económicos, empresariales y financieros de la sociedad, se ha generado una nueva categoría de riesgos (Beck, 1986, p. 85-87) que, por las deficiencias en materia de política criminal, han buscado ser mitigados con el uso del *Ius Puniendi*. No obstante, la respuesta a esta nueva realidad no siempre puede ser el reforzamiento de la persecución penal, pues es dable ser escéptico al respecto.

Por ende, a raíz del surgimiento de nuevas normas penales, ha emergido una moderna vertiente del Derecho Penal, concretamente el Derecho Penal Empresarial. A su turno, este es una rama del Derecho Penal Económico, definido como aquella postura del Derecho Penal cuya función es la protección del orden económico, dirigido o intervenido directamente por el Estado (Cervini, 2008). Esta perspectiva, que surge de una amalgama entre las cuestiones criminales y económicas, encuentra justificación desde los delitos perpetrados dentro de la estructura corporativa. Máxime, si se recuerda que la empresa es una latente fuente de riesgos.

Entonces, el Derecho Penal Empresarial tiene por objeto sancionar las conductas contrarias a la ley que se den en el ejercicio y curso de la actividad empresarial. La llamada criminalidad corporativa ha sido combatida por los Estados mediante lo que Silva Sánchez (2001, p. 157-162) ha llamado la flexibilización de normas de imputación y uso de la sanción como un símbolo en la búsqueda por un mayor control social. No obstante, muchas veces esta estrategia punitiva se ha mostrado como inefectiva. Por lo que, ciertas jurisdicciones han decidido implementar políticas orientadas a la prevención, en vez del acostumbrado populismo punitivo.

Sobre todo, si se toma nota de la falta de efectividad de las sanciones penales respecto de las personas para las que están dirigidas, pues a causa de la organización horizontal y vertical en el contexto corporativo -por la división del trabajo y una estructura jerárquica estricta-, los altos cargos por lo general no realizan actos de ejecución y su conducta suele estar muy alejada de la eventual lesión de bienes jurídicos. Lo que les significaría escasas posibilidades de percibir responsabilidad penal, mientras que las personas con cargos medios y bajos, como ejecutores de la conducta, podrían ser acreedores de una pena. Dicho de manera más simple, en los delitos empresariales el papel que ejercen “los hombres de atrás” es mucho más importante que el del ejecutor material del hecho. Este problema, en torno a la impunidad de los cargos altos se debe a que quien está detrás siempre está cubierto por la estructura societaria, o muchas veces ni siquiera pertenece a esta formalmente (Faraldo, 1996).

Por lo anterior, en los últimos tiempos se ha hecho patente la dificultad de imponer sanciones efectivas al ente corporativo y a los miembros de la organización empresarial. En este orden de ideas, no resultaría lógico abogar por el endurecimiento de los delitos empresariales, más bien una respuesta idónea sería interceder por un modelo guiado por la autorregulación. Así, Gómez Jara (2010) considera que la empresa puede encuadrarse en el concepto de persona jurídico-penal activa porque, aun cuando no tiene capacidad de acción, sí tiene capacidad de autoorganización, que equivale funcionalmente a la capacidad de actuar de las personas individuales. Esto, implica que la empresa está dotada de libertad (competencia organizativa), y que como tal debería tomar acciones encaminadas a respetar las normas penales (Foffani, 2010).

En consecuencia, el sector corporativo ha comenzado a fijar una serie de parámetros éticos que deben cumplir los miembros de la organización, lo que se ha convertido en el establecimiento de una normativa interna cuyo fin es evitar la materialización de ciertos peligros, regulando la actividad empresarial. Como puede intuirse, esto no es otra cosa que la implementación de los denominados programas de cumplimiento o *compliance*, cuyo objetivo principal es promover el acatamiento de la legalidad, la ética empresarial, y el respeto por las normas a las que está sujeta la respectiva actividad comercial.

Entre las bondades de esta estrategia de manejo de las malas prácticas corporativas, se cuenta un enfoque preventivo y un crecimiento en el margen reputacional positivo de empresa ante

terceros (Ramírez, *et al.*, 2019). Cabe destacar que la incorporación de los programas de cumplimiento permite, de una u otra manera, analizar la culpabilidad y motivación del sujeto corporativo (Ramírez, *et al.*, 2019). Esto, de ninguna manera comporta que la persona jurídica cuente con una conciencia humana, sino que consiste en el déficit de fidelidad al Derecho, manifestándose en una cultura empresarial de prácticas ilícitas, cultura corporativa deficiente que explicaría el defecto organizativo que se traduce en la comisión de injustos (Silva *et al.*, 2013).

De tal suerte, reconociendo lo beneficioso que puede ser para el mercado que las empresas incorporen dentro de sus políticas manuales de cumplimiento, es menester ahora ubicar la atención sobre el funcionamiento de este modelo de mitigación de riesgos corporativos. De tal modo, se aterrizará este planteamiento al caso colombiano, buscando qué efectos beneficiosos puede traer para una sociedad mercantil el uso del sistema de *compliance*. Con todo, antes de poder dar respuesta a este interrogante, será necesario plantear los fundamentos, elementos y desarrollo de esta figura. De ahí que en un inicio se indagará por el significado y alcance de los modelos de cumplimiento, para después analizar los elementos que lo nutren. Posteriormente, se enfatizará en el encargado de hacer efectivas las disposiciones contenidas en el programa de *compliance*, conocido como oficial de cumplimiento. Así, se expondrá su rol dentro de la organización y, hasta dónde pueden llegar las atribuciones de su cargo.

Habiendo dejado sentado la anterior introducción sobre las dinámicas de los manuales de cumplimiento, y en atención a que estos son una construcción jurídica del extranjero, resultaría poco prudente no profundizar en el surgimiento y desarrollo de esta figura en las jurisdicciones que ha tenido acogida. Máxime, cuando es en estas latitudes dónde se han estructurado los ejemplos que pueden tomarse como referencia para analizar la implementación del *compliance* en la normatividad colombiana. En tal punto, se buscará exponer el catálogo de disposiciones legales en el cual reposan los manuales de cumplimiento y sobre todo qué efectos pueden tener estos en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas y sus administradores. Por último, vale aclarar que, en lógica de la temática del modelo de *compliance*, se propondrá un análisis comparado entre el manejo de este asunto en Estados Unidos, España, y Colombia.

3.1. Definición del *compliance*.

El término *compliance* surgió en la legislación anglosajona, y hace referencia al cumplimiento de algo (*to comply with*), es decir que presupone la sujeción y ejecución de distintas actividades de acuerdo con unas reglas (Troklus, *et al.*, 2008). Para de Vicente (2016) los manuales de cumplimiento son aquellos “modelos de organización y gestión con efecto exonerado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Así mismo, estos programas revisten exigencias de corte societaria, pues por la propia conformación corporativa, requieren de un alto grado de desenvolvimiento para cumplir con su objetivo evidentemente preventivo.

Artaza (2013) sostiene que el *compliance* “consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos llevados a cabo por los integrantes de la empresa tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneren la legislación aplicable”. A su turno, Santiago Mir Puig *et al.*, (2014) asegura que los programas de cumplimiento implican la actualización de los procesos organizativos conforme a una diligencia debida, buscando identificar y evitar malas prácticas corporativas que puedan traducirse en conductas punibles. Similarmente el *compliance* deberá ser objeto de una “labor periódica de actualización de los riesgos de comisión de hechos delictivos, adoptando las medidas necesarias para diseñar, implementar o modificar las exigencias de diligencia debida para reducir el riesgo de conductas criminales” (Mir Puig, 2014). Ello, en atención a que los riesgos criminales mutan día a día, y para ser apreciados en forma correcta, las estrategias ejecutadas para administrarlos deberían ser modernizadas a la par. En caso contrario, el ejercicio resultaría intrascendente, pues en un futuro serían inefectivos.

Así mismo, Mir Puig, Gómez Martín y Víctor (2014) sostienen que la finalidad que se envuelve con la instauración de estos programas de prevención de riesgos penales es advertir a tiempo qué riesgos penales son previsibles objetivamente, para ensamblar procedimientos de control y reacción frente a su eventual constatación. De igual modo, Silva Sánchez (2013) asevera que el *compliance* no solo se reduce a una lógica preventiva, dado que puede suponer mecanismos de supervisión interempresarial, formas de sanción interna, y lineamientos para verificar y actualizar el control de riesgos. Lo que en últimas, permitiría afirmar que cuentan con una naturaleza mixta, guiada tanto por la precaución, como persecución de las malas prácticas corporativas.

Por su parte, en la doctrina (Artaza, 2013) podemos encontrar desarrollado el concepto de *compliance*, definido como “una adecuada identificación, evaluación, monitoreo de aquellas situaciones que podrían generar una vulneración o amenaza de cumplimiento de la normativa

aplicable a la empresa y ocasionar una pérdida económica y reputacional para la misma”. A su turno, Gómez Jara (2010) supone que el objetivo de los programas de cumplimiento tiene una doble connotación, en vista que estos “determinan el injusto y co-determinan la culpabilidad”.

En este orden de ideas, es dable afirmar que en materia penal los programas de cumplimiento son un conjunto normativo tendiente a realizar una valoración de riesgos de la entidad, de acuerdo con la actividad que realiza y el sector económico en el que opera. Lo anterior, con el objetivo de adoptar una regulación de buenas prácticas y a su vez establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción. Con ello creando en la respectiva persona jurídica un ambiente de buen gobierno y una cultura de cumplimiento corporativa que refleje los principios éticos de la empresa. Adicionalmente, al tener unas reglas y protocolos internos, una empresa tendrá un mayor control sobre las acciones de sus miembros y por lo tanto, disminuirá el riesgo de que se cometan ilícitos dentro de ella o con ocasión de su objeto social.

Tomando en cuenta esto, el común denominador de los programas de cumplimiento sería mitigar los riesgos a los que se ven sujetas las empresas y que de una u otra manera pueden llegar a graduarse de acuerdo con la actividad económica que se desarrolle. Lo que puede desencadenar en la fijación de costumbres empresariales, que se materializarán en una serie de criterios y pautas de conducta destinadas a mejorar los estándares de cumplimiento de la ley y de las normas éticas (Ramírez, *et al.*, 2019, p. 67). Por supuesto, en este contexto los administradores de la sociedad ocuparán un papel de gran relevancia, en tanto si direccionan su conducta alrededor de los programas de cumplimiento, podrán cumplir sus deberes y obligaciones con mayor efectividad.

No obstante, aunque las compañías pueden verse expuestas a una multiplicidad de riesgos en el giro ordinario de sus negocios, también deben supeditarse a los mandatos que imponga el Estado. Por ende, surgirán riesgos adicionales en relación con obligaciones de tipo comercial, fiscal, laboral, administrativa y hasta penal. De tal manera, no se puede establecer una sola tipología de *compliance*, sino que deben complementarse varias materias, para una prevención holística sobre la comisión de malas prácticas empresariales y/o actos delictivos.

Vale aclarar que la activación de estos modelos de cumplimiento queda al arbitrio de quien esté a cargo de la persona jurídica. Es decir, la mayoría de las veces esta potestad quedará en manos de los administradores, sin que se les pueda sancionar por el hecho de no incorporarlos (Ramírez, *et*

al., 2019). Empero, lo cierto es que si el administrador intencionalmente no pone en marcha un plan de *compliance*, podría argüirse que está faltando a sus deberes de obrar con diligencia, buena fe y lealtad a hacia la sociedad. Lo cierto, es que el objetivo del *compliance* no es evitar las sanciones producto de un delito, sino cumplir con la legislación tanto interna como externa, a la cual está sometida la empresa.

Un móvil colateral de la implementación de modelos de cumplimiento es proteger el prestigio de la compañía, así como su buen nombre. Máxime, cuando actualmente el *good will* juega un papel preponderante en la valoración y éxito de una empresa. Por consiguiente, el uso de un manual de cumplimiento puede permitir a la persona jurídica llevar a cabo su objeto social correctamente y no ser dañada por escándalos, siendo una práctica empresarial idónea para la protección jurídica y reputacional de la sociedad. De cualquier manera, en caso que se configuren eventos de malas prácticas corporativas, la existencia de un modelo de *compliance* no garantizará que la empresa no perciba detrimentos en su buen nombre, como ocurrió con Odebretch.

En resumen, los programas de cumplimiento son un mecanismo idóneo de concientización empresarial. Herramienta primordialmente preventiva, cuyo propósito es evitar la comisión de actividades delictivas dentro, o con ocasión, de la empresa. Sin embargo, ello no es óbice para que se desplieguen las acciones tendientes a garantizar el acatamiento de las obligaciones éticas y normativas por parte de los trabajadores. En atención a esto, dentro de la organización, debe existir una persona cuya función sea la de ejercer la vigilancia y control sobre el cumplimiento de las medidas establecidas en el modelo de *compliance*. Especialmente, considerando que asegurar el cumplimiento de estas, disminuye los riesgos de que se cometan ilícitos dentro de la organización.

Pero más importante aún, esta debida diligencia permite abogar por circunstancias de atenuantes o eximentes de responsabilidad en favor de la persona jurídica y sus administradores, en vista que una actitud proactiva por parte del ente corporativo facilitará la identificación de los responsables y dará celeridad para atribuir responsabilidad a quien incumpla los mandatos establecidos por la empresa. En consecuencia, habrá que identificar cuáles son los componentes que conforman un manual de cumplimiento y quién es la persona llamada a velar por su acatamiento.

3.2. Elementos esenciales de un *compliance* program.

Alonso Gallo (2011) elaboró una propuesta detallada de los elementos que debería tener un programa de cumplimiento, estos son:

“1. Una valoración y determinación de las principales áreas de riesgo de cumplimiento en la compañía. 2. Un conjunto de normas y procedimientos escritos. 3. Una definición de las funciones de los órganos de la entidad responsables de su aplicación. 4. Un sistema de formación a los empleados y directivos. 5. Un sistema efectivo de seguimiento de la aplicación del programa. 6. Un mecanismo de comunicación que permita la remisión de denuncias con garantías de protección del denunciante. 7. Un sistema de sanciones disciplinarias. 8. Una política de conservación de los documentos. 8. Un protocolo de actuación en caso de detención de irregularidades.” (González, 2012, 488)

En efecto, la parte innovadora del compliance, es contar con unos elementos tendientes al cumplimiento normativo de valores y objetivos empresariales, como lo son los canales de comunicación, denuncia y detección para el descubrimiento y esclarecimiento de conductas punibles. Todo ello, a través de *hotlines* (canal de denuncia), de las que surge la obligación de proteger al *whistleblower* (denunciante). Así, desde un punto de vista legal la empresa debe establecer unos protocolos reactivos para tal efecto. Igualmente, se deben aportar medidas para contrarrestar los abusos, permitiendo el mejoramiento de los programas de cumplimiento.

En cuanto a la valoración y determinación de las principales áreas de riesgo de cumplimiento en la compañía, el objetivo es analizar y estudiar cuáles son los riesgos penales que pueden originarse. Resulta evidente que aquellos riesgos tienen que guardar una relación con la actividad económica y social, la estructura organizativa de la empresa y los indicadores que se manejen. Por su parte, el conjunto de normas y procedimientos escritos, podrían ser catalogados como una normativa voluntaria, de acuerdo con los principios éticos a nivel empresarial. Es decir, su nivel de exigibilidad es diferente a las reglas previstas en el derecho. Por ende, las consecuencias por su inobservancia también serán diferentes a aquellas plasmadas en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, la definición de las funciones de los órganos de la entidad responsables de la aplicación del *compliance*, permitirá evitar actuaciones ilegales o irreglamentarias. En tal lógica, cualquier acción que provenga de un desbordamiento de lo estipulado en los programas, constituye una extralimitación que acarrearía una sanción.

Frente a los canales de denuncia, también llamados *whistleblowing* (García, 2015), resultan de gran importancia para poder investigar los delitos que se cometan al interior de la empresa. Las conductas delictivas que se pueden denunciar deben hacerse a través del sistema de comunicación, que tiene que ser público y conocido para los miembros de la organización. A raíz de ello, se deben adoptar medidas razonables para reaccionar frente a la posible amenaza o intimidación del *whistleblower*, pues resulta esencial garantizar la protección del denunciante. Así mismo, es importante que se designe a una persona para que administre los canales de denuncia y que de una manera u otra, tenga independencia frente a la empresa (Arroyo, *et al.*, 2013).

Con relación al sistema de sanciones disciplinarias, es una carga por parte de la empresa fijar las conductas a las que tienen que supeditarse sus trabajadores. Si se quiere es una especie de principio de taxatividad, por lo cual se requiere una socialización sobre los mecanismos disciplinarios. Sin embargo, el tipo de sanción dependerá de cada caso concreto, pero la existencia de dicho régimen es un elemento necesario para implementar un programa de cumplimiento, que debe ser de público acceso para los empleados (Mir Puig, *et al.*, 2014).

Adicionalmente, se exige que se realice una constante formación a los empleados, pues de no llevarse a cabo, los demás elementos del programa de cumplimiento serían ineficaces. El objetivo de esto es que tengan la oportunidad de conocer las políticas de la empresa, pero a su vez que los mismos trabajadores puedan manifestar los riesgos y posibles dificultades que pueden surgir para la realización de sus labores, lo que permite fomentar una cultura de buenas prácticas corporativas.

En lo que compete al seguimiento de la aplicación del programa se requiere una evaluación y monitoreo periódica y la actualización de los riesgos de comisión de hechos delictivos y de esta manera garantizar la idoneidad y eficacia para mejorar las propias medidas de control de riesgos. Todos los elementos enunciados deben enmarcarse dentro de la debida diligencia que empleen los administradores con relación a la prevención de riesgos y con ello detectar y prevenir conductas que sean delictivas. Ahora, el llamado a dotar de efectividad al manual de *compliance* será el oficial de cumplimiento, cuyo rol y funciones se expondrán a continuación.

3.2.1. El *Compliance Officer*.

Enrique Bacigalupo (2012) sostiene que la organización del sistema de *compliance* debería tener un sujeto responsable, dentro de un departamento especializado, cuyas funciones básicas

sean vigilar, asesorar, advertir y evaluar los posibles riesgos legales que traiga consigo la respectiva actividad económica organizada. Esta persona es el oficial de cumplimiento, y además de velar por el acatamiento de la ley y los reglamentos jurídicos, debe propender por el respeto de los principios éticos internos y los mínimos estándares de conducta. En efecto, es un sujeto fundamental en la estrategia de prevención del delito, cumplimiento de las prescripciones legales y la ejecución del manual de *Compliance*. Por ello, el *compliance officer* ocupa una posición en la empresa similar a la de un alto directivo (Silva, *et al.*, 2013).

Para garantizar la eficacia en las funciones del oficial de cumplimiento, se debe designar a un miembro de la dirección (persona de alto nivel en la organización) para que supervise la aplicación del programa de cumplimiento (Mir Puig, *et al.*, 2014). Siendo entonces un empleado de la empresa en la cual se han delegado las funciones propias de los programas de cumplimiento, tiene que velar por la debida ejecución de las obligaciones que se le han encomendado. Su labor, tiene como eje central la observación, identificación y mitigación de los riesgos empresariales. Sin embargo, en las pequeñas empresas, las funciones de *compliance officer* pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración de la sociedad.

Así pues, las funciones de este miembro del ente corporativo tienen una vocación más amplia que la mera ejecución de las tareas de prevención, dado que su competencia se refiere al desarrollo y mantenimiento de la vigencia de políticas y procedimientos internos dirigidos a que la empresa y su personal no incurran en infracciones graves en la persecución de los objetivos sociales (Arroyo, *et al.*, 2013). Entonces, sería equivocado caracterizar a esta persona simplemente como un empleado dedicado a la vigilancia y control dentro de la empresa, puesto que también debe proponer políticas *ex ante* y *ex post* sobre el manejo de las malas prácticas corporativas.

Aunque el oficial de cumplimiento tiene que supeditarse a lo establecido en el contrato, hay ciertos requisitos que se exigen dentro de una empresa cuando esta persona comience a ejercer su cargo, estos son:

1. La designación del *compliance officer* tiene que ser autónoma (Bacigalupo, *et al.*, 2013).
2. Debe participar en el diseño del *compliance program*, el cual será aprobado por la junta directiva (Bermejo, *et al.*, 2013)

3. Es necesario que cuente con conocimientos en la legislación a la cual se obligan las personas jurídicas, pero a la vez entender la normativa interna de la empresa (Gimeno, 2016).
4. Debe contar con acceso directo a la administración para informar oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar al menos semestralmente (Arroyo, *et al.*, 2013, p. 167-168).
5. Es función suya asignar los recursos necesarios para el ejercicio de sus potestades.
6. Debe establecer un sistema de prevención de delitos, que debe ponerse en conocimiento de todos los trabajadores y colaboradores, y contemplar a lo menos lo siguiente:
 - a. La identificación de las actividades o procesos de la entidad en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos.
 - b. El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a quienes intervengan en tales actividades o procesos programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de delitos.
 - c. La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en delitos.
 - d. La existencia de sanciones internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos (Arroyo, *et al.*, 2013, p. 166-167).
7. Finalmente, es esencial que diseñe métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo con el cambio de circunstancias en la entidad (Arroyo, *et al.*, 2013, p. 166-167).

En definitiva, el *compliance officer* es el responsable de la integridad y vigencia de los programas de cumplimiento. Como quiera que cuenta con autonomía para llevar a cabo sus labores, es dable asumir que su gestión debe ser independiente en la mayor medida posible. Por eso, cuando despliegue sus deberes, consistentes en informar, dar instrucciones y comunicar a las directivas cuando se materialicen riesgos y cómo se mitigarán, debe ser lo más imparcial posible.

Por otra parte, este sujeto ostentará una posición de garantía sobre la integridad de la persona jurídica, lo que obedece a su deber de evitar la comisión de delitos y vigilar que no se lesionen bienes jurídicos. Este deber surge “porque la organización de una empresa obliga a su dirección a no dejar que las fuentes de peligro se materialicen en un daño, más allá de si los peligros provienen de cosas o personas (Ambos, *et al.*, 2015)”. En este sentido, es conducente recordar la *culpa in eligendo* (la que impone una cuidadosa elección en los medios), debido a que constituye un defecto organizativo que las personas empleadas para la vigilancia no están en condiciones de llevar a cabo (Bacigalupo, 2012).

Con todo, frente al incumplimiento del *compliance officer* hay lugar a imputar responsabilidad, por comisión por omisión en cuanto a las decisiones nocivas para la sociedad. Sobre esto, podrá responder dolosamente o por imprudencia cuando así lo permita el respectivo tipo penal base. Si su falta de acción se encuadra en la no prevención o detección de delitos que tenía el deber y podía identificar, podrá imputarsele responsabilidad penal (Arroyo, *et al.*, 2013, p. 169-170). Esto tiene su razón de ser en la posición de garante que el sujeto detenta, empero será necesario que se cumplan los mínimos presupuestos para poder imputar en comisión por omisión, que reposan en el artículo 25° del Código Penal.

3.3. Diferentes aproximaciones alrededor de los modelos de cumplimiento.

En gracia de discusión, y obedeciendo a que el *compliance* es una ficción del extranjero, se expondrá cómo ha sido implementada esta estrategia de prevención de la criminalidad corporativa en diferentes jurisdicciones. Esto, se pretende poner de presente para luego hacer una comparación respecto al caso colombiano, tomando en cuenta que tanto en los Estados Unidos como en España el modelo del *compliance* ya cuenta con cierta aceptación y ejecución.

3.3.1. Estados Unidos

La lucha contra las malas prácticas empresariales en este país comenzó en 1977 luego del escándalo de *Watergate*, con la implementación de la ley de prácticas corruptas en el extranjero, o FCPA, emitida por el Congreso en el año mencionado. Su objetivo fue fijar reglas para que los empresarios actuaran éticamente en la licitación de contratos en el extranjero. Esta norma estaba dirigida a los emisores de valores, las empresas nacionales estadounidenses y otras personas que no fueran emisores y empresas de ese país; también incluía sociedades, que no necesariamente

estuvieran constituidas en los Estados Unidos, pero que les fuera obligatorio cumplir con la FCPA. Por ejemplo, esto se configuraba si la empresa tenía bienes ubicados en esa jurisdicción. En términos generales, esta ley aplica a las personas que realicen pagos destinados a inducir o influir en un funcionario extranjero para la toma de una decisión.

Es por ello por lo que, en los Estados Unidos se tenía la intención de fomentar el buen gobierno corporativo, dada la imposibilidad del Estado de abarcar la concreta implementación de las precauciones necesarias para evitar la comisión de delitos en el seno de las corporaciones. En este sentido, destacan las *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*, en relación con la implementación de un *effective Compliance and ethics Program* (Rayón, 2018). Con las *Federal Sentencing Guidelines*, en 1991 se introdujo un mecanismo de determinación judicial de las sanciones contra las personas jurídicas que tenía como finalidad valorar el grado de culpabilidad de la organización, y promocionar comportamientos colaborativos por parte de las empresas.

Estos objetivos se han cumplido en Estados Unidos a través del instrumento de los “*compliance programs*” (programas de colaboración). Con todo, la adopción de los *compliance programs* no es en líneas generales obligatoria para compañías en esta jurisdicción, salvo cuando es impuesta por un juez como consecuencia de una *probation*, después de la comisión de un delito y de la condena de la empresa o sus funcionarios. Aún cuando no son obligatorios, la adopción preventiva y espontánea de un manual de cumplimiento representa para la empresa un instrumento fundamental para evitar la comisión de delitos y con ello blindarse frente al riesgo de una sanción (Foffani, 2010).

Según las *Federal Sentencing Guidelines*, la adopción y correcta implementación de un *compliance program* eficaz asegura a la empresa la minimización de la eventual sanción económica (*Fine*) imponible a la empresa. Por estas razones, el sofisticado sistema estadounidense de los *compliance programs* parece haber tenido un impacto muy importante en el mundo empresarial, que ha reaccionado positivamente a esta necesidad. Por lo que para definir el modelo de culpabilidad empresarial fundado sobre el mecanismo de los *compliance programs*, la doctrina norteamericana aboga por la figura de la *preventive fault* (culpabilidad preventiva). De esta forma, para endilgar responsabilidad a la empresa, se deberá indagar si desplegó un comportamiento dirigido a prevenir malas prácticas corporativas. Es decir que el epicentro del sistema de la

responsabilidad de las personas jurídicas en Estados Unidos está hoy en la fase de la prevención de los hechos delictivos (Foffani, 2010).

A través de estos modelos se pueden enunciar criterios de imputación subjetiva para las entidades colectivas. O sea, criterios de imputación que no serán la consecuencia de una abstracta “antropomorfización” de la persona jurídica y que se fundamentan precisamente en la estructura de la organización empresarial y en sus particulares patologías. Así, esta culpabilidad de empresa puede ser empleada tanto como criterio de imputación subjetiva en sentido estricto –es decir, como fundamento del reproche y de la responsabilidad penal–, cuanto como criterio de determinación de la sanción destinada a la persona jurídica (Foffani, 2010).

Así pues, la *Federal Sentencing Guidelines* es la principal norma complementaria de la regulación de los diversos aspectos de los programas de cumplimiento. Vale decir que esta fue elaborada con base en la filosofía del *carrot and stick* que configura un sistema de graduación proporcional de la sanción vinculándola con la efectividad del respectivo programa de cumplimiento. Con ello se otorga al juez la posibilidad de reducir sustancialmente la pena cuando al momento de juzgar el ilícito se demuestre la disposición de un programa de cumplimiento efectivo al interior de la empresa, o el endurecimiento del castigo cuando se haya omitido su implementación.” (Ambos, *et al.*, 2015, p. 393-394)

Por su parte el *USA Patriot Act* de Estados Unidos de 2001, en su artículo 352° regula los programas de cumplimiento antilavado de dinero, exigiendo que incluyan como mínimo: el desarrollo de políticas, procedimientos y controles internos; la designación de un *compliance officer*; un programa permanente de capacitación para el personal; y una función de auditoría independiente para someter dichos programas a prueba (Ambos, *et al.*, 2015, p. 392-393). Por otro lado, en el marco del *compliance* en Estados Unidos el *memorandum Yates*, que se publicó en el 2015, estableció que las empresas tienen el deber de ajustar sus programas de *compliance* corporativo para evitar acciones e investigaciones penales. Documento que reafirmó que el objetivo primordial del programa de cumplimiento es responsabilizar a los ejecutivos y otras personas por la mala conducta corporativa, entonces su razón de ser es eliminar la mala conducta individual (Gideon, 2015).

Por su lado, el Departamento de Justicia de este país ha actualizado su guía sobre evaluación de cumplimiento de *compliance* corporativo, cuyo objetivo es ayudar a los fiscales a determinar si el programa es o no efectivo al momento de comisión de la infracción. Por consiguiente, el punto de partida para evaluar si el programa de cumplimiento está bien diseñado es: (i) entender el negocio de la empresa (ii) cómo ha identificado, evaluado y definido ésta su perfil de riesgo (iii) el grado en que el programa dedica escrutinio y recursos adecuados a la variedad de riesgos. Entonces, los programas de cumplimiento deben contener políticas y procedimientos que den contenido y validez a las normas éticas. Como cuestión preliminar, los fiscales deben examinar si la empresa tiene un código de conducta que establezca, entre otras cosas, el compromiso de la empresa y que, además, sea accesible a todos los empleados. Otra característica distintiva de un programa de cumplimiento bien diseñado es la adecuada formación a medida y las comunicaciones (World Compliance Association, 2020).

En suma, aunque en Estados Unidos no es una obligación contar con un *compliance model*, la verdad es que su implementación puede ser de utilidad para la compañía. Ello, en el entendido que si se demuestra la efectividad del mismo, la empresa podría llegar a eximirse de responsabilidad. Sin embargo, es patente que si se pone en marcha un programa de prevención de delitos éste debe contar con todas las formalidades del caso, pues una instauración simbólica no tendría ningún efecto en remediar la eventual sanción de la compañía.

3.3.2. España.

Ahora bien, una regulación un poco más lejana, pero no por eso menos desarrollada es la ibérica. Se acude al ordenamiento jurídico español para examinar de forma concisa su posición frente al ya mencionado *compliance*. Máxime, cuando se toman en cuenta las similitudes que existen entre el ordenamiento jurídico penal de esta jurisdicción y el de Colombia.

En primer lugar, cabe decir que la regulación española frente a este tema, a diferencia de la estadounidense, no es tan basta ni cuenta con una historia normativa tan amplia, sino más bien una regulación naciente y emergente. La cual se ha abierto paso entre las empresas, generando un impacto positivo inmediato. Esta nació primordialmente a partir del sector financiero, farmacéutico y bursátil, donde surgieron las primeras entidades interesadas en aplicar una política de *compliance*. Posteriormente, en 2010, con la entrada en vigor de la reforma al Código Penal se

introdujo el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas y se dio profundidad legal al *compliance*, estableciendo una regulación especial al respecto (World Compliance Association, 2020).

En este orden de ideas, la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 5/2010) introdujo por primera vez la obligación a cargo de las personas jurídicas de implementar procedimientos internos de prevención de riesgos penales (Art. 31). En su articulado, se dispuso la responsabilidad penal de las personas jurídicas y un atenuante especial para tal efecto, que versa “haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica” (Ley Orgánica 10 de 1995). En conclusión, la atenuación o exención de responsabilidad se convierten en incentivos para que las personas jurídicas introduzcan programas de cumplimiento.

Así pues, por primera vez que en el ordenamiento jurídico español existe una causa expresa de exención de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Claro está, si prueban que han adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, programas de vigilancia y control para la prevención de conductas punibles. A partir de esto, será determinante la implementación de *compliance programs* en las empresas, ya que conseguirán un nivel de gestión interno óptimo, mantendrán su reputación intacta e impedirán su imputación penal y la apertura de la correspondiente instrucción, con las consecuencias negativas que ello implicaría (Rayón, 2018). De tal suerte, por medio de la Ley Orgánica 1/2015, se instauró definitiva y expresamente la exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica en España, si esta incorporó un eficaz programa de cumplimiento, así como las atenuantes para ambas vías de imputación para el caso en el que las circunstancias requeridas para la exoneración no se presenten (Soler, 2017).

Ahora, como consecuencias contempladas en la ley penal, este modelo de *compliance* establece penas pecuniarias elevadas dependiendo del beneficio económico que se obtuvo de la acción ilícita, estableciendo un porcentaje determinado del mismo. Sin embargo, aunque se consagran estas penas, en España se estima al *compliance* como una política preventiva y empresarial. Ello, en vista que se considera que su esencia es propender por que las corporaciones y personas jurídicas de distinta clase, adopten los sistemas de forma interna para lograr un sistema que logre ser efectivo contra la ilegalidad y corrupción empresarial. En tal sentido, los máximos dirigentes empresariales serían los encargados de implementar códigos éticos empresariales y políticas de

Compliance al frente de todas sus decisiones, cumpliendo así su cometido inicial, y logrando en las empresas un incentivo a integrar activamente políticas propias contra la ilegalidad (Deloitte España, 2010).

Así pues, en las empresas españolas es cada vez más frecuente la existencia de programas de cumplimiento y prevención que suponen un alto estándar en materia de cumplimiento. Los elementos de esta nueva figura giran en torno a una idea central: generar un entorno de cumplimiento en la empresa que dificulte la comisión de conductas ilícitas o incluso delictivas (Arroyo, *et al.*, 2013, p. 166).

3.4. Implementación del compliance en el ordenamiento jurídico colombiano.

Una vez hecha la aproximación teórica y práctica de los modelos de *compliance* en las jurisdicciones que han utilizado esta estrategia, resulta conducente entrar a analizar cómo se ha dado su proceso de incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano. Para tal efecto, en un inicio se expondrá la normatividad especial que ha tratado el asunto, para luego centrar el análisis en la responsabilidad que se le puede endilgar a los administradores por conducto de estos sistemas.

3.4.1. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero indica los mecanismos tendientes a controlar, y con ello mitigar los riesgos que se originan a raíz de, actividades como el lavado de activos y financiación del terrorismo, estableciendo la figura del oficial de cumplimiento. Por tanto, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera (SFC) tienen la carga de adoptar medidas dirigidas a evitar que sus operaciones sean utilizadas para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dineros provenientes de actividades delictivas o utilizados para su financiación (Presidencia de la República de Colombia, 1993, Art. 102-105). Entonces, también en Colombia el marco de regulación del *compliance* surge a partir de los delitos económicos.

A su turno, la Circular Externa 060 de 2008 de la SFC adicionó lo relacionado con la prevención del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo. Por lo cual, se tienen que tomar estrategias tendientes a la prevención de estos riesgos, señalando las funciones a cargo de los órganos de dirección, administración, control y del oficial de cumplimiento. Para que estos ejecuten las acciones dirigidas a administrar estos riesgos y velar por su minimización.

Por su parte, el Decreto 1848 de 2016, fortaleció la composición de la hoy denominada Delegatura para Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo de la Superintendencia Financiera. Despacho que hoy se ha convertido en la Dirección Legal de Prevención y Control de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, y en una colaboración armónica puede ayudar a las empresas para que implementen políticas con el fin de evitar que sus recursos o canales financieros sean usados para la comisión de esta clase de delitos.

3.4.2. El régimen de responsabilidad administrativa por actos de corrupción transnacional que trajo la Ley 1778 de 2016.

En Colombia se expidió la Ley 1778 de 2016, por la cual se responsabilizó a las personas jurídicas por actos de soborno transnacional, así como se dictaron otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Bajo este modelo, se estableció la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador y no en el régimen penal, pues endilgarle reprochabilidad penal a las empresas traería consigo una reforma estructural al Derecho Penal nacional.

Es importante mencionar, en primer lugar, que esta ley tiene como antecedente normativo la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales. Este instrumento internacional surgió como consecuencia de la entrada de Colombia en la OCDE en tanto se obliga a las empresas a elevar los estándares de los programas de cumplimiento de forma eficaz, eficiente y transparente que garantice una investigación, detección y prevención de estos delitos. Es por ello que, la Superintendencia de Sociedades tiene como modelo normativo las contenidas en la guía de buenas prácticas en controles internos, ética y cumplimiento de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”). Pero a su vez se basa en la guía sobre programas de cumplimiento relacionadas con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (FCPA) y la Ley Anti-Soborno del Reino Unido (*UK Bribery Act*).

En segundo lugar, resulta necesario establecer lo que se entiende por soborno transnacional, lo cual consiste en la conducta que realiza los empleados, administradores, asociados, contratistas o sociedades subordinadas a través de una persona jurídica o una sucursal extranjera con domicilio en Colombia, con el objetivo de dar, ofrecer o prometer a un servidor público extranjero, de manera

directa o indirecta: (i) sumas de dinero, (ii) objetos de valor pecuniario o (iii) cualquier beneficio o utilidad a cambio de que dicho servidor público realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. Lo que hace alusión a los negocios o transacciones internacionales de una sociedad colombiana a través de un intermediario o contratista o por medio de una sociedad subordinada o de una sucursal que hubiere sido constituida en otro Estado por esa sociedad. Lo anterior, bajo lo consagrado en el artículo 30 de la ley 1778 de 2016.

Esta ley por primera vez reguló, en su artículo 23°, lo relativo a programas de cumplimiento empresarial, al señalar de manera expresa que la Superintendencia de Sociedades promovería en las personas jurídicas sujetas a su vigilancia, la adopción de programas de transparencia y ética empresarial. Igualmente se estableció que la Superintendencia podría abogar por la implantación de mecanismos internos de anticorrupción, de instrumentos y normas internas de auditoría, de la promoción de la cultura de transparencia y de la verificación de mecanismos de prevención de las conductas delictivas (Ramírez, 2018). Sin embargo, aplican exclusivamente a quienes realicen negocios o transacciones internacionales, ya sea con personas naturales o jurídicas (Superintendencia de Sociedades, 2016). Asimismo, no exige programas con relación a otros delitos como aquellos contra la administración pública, coloquialmente llamada corrupción, y/o corrupción privada.

En cuanto a la forma como los programas de cumplimiento se estructuran e implementan a nivel interno, es necesario que éste contenga las normas de la persona jurídica, se especifique cuáles son los riesgos a los que se enfrentan en relación a la actividad empresarial y la forma de mitigarlos. Adicionalmente, tiene que establecerse cuáles son las funciones de los empleados asociados y altos directivos de la persona jurídica -esto incluye las labores que realizan los administradores- (Superintendencia de Sociedades, 2016). Por su parte la Superintendencia de Sociedades estableció la evaluación de los riesgos de acuerdo con los siguientes factores: (i) País (ii) Sector económico (iii) Terceros.

De conformidad con lo anterior, los funcionarios de inferior jerarquía en la persona jurídica deberán estar en condiciones de seguir el ejemplo de sus altos directivos y asociados, para construir colectivamente con ellos, una cultura de intolerancia al soborno transnacional y en general, de cumplimiento a la ley (Superintendencia de Sociedades, 2016). Sin embargo, en el supuesto de

que la persona jurídica no tuviese altos directivos, corresponde a la misma implementar esos programas, y así cumplir con los estándares éticos, sin dejar los constantes monitoreos para evitar la comisión de los delitos. La norma también establece la creación de canales apropiados para permitir que cualquier persona informe, ya sea de manera confidencial y segura acerca de actividades relacionadas con el soborno transnacional y de cualquier otra práctica corrupta.

Para el oficial de cumplimiento, se incluye la presentación a los altos directivos, al menos cada tres meses, de informes de su gestión como oficial de cumplimiento. Igualmente, debe liderar el programa de ética empresarial y dirigir las actividades periódicas de evaluación de los riesgos de soborno transnacional. Pero, más importante aún, es el encargado de informar a los administradores de la persona jurídica acerca de las infracciones que haya cometido cualquier empleado respecto del programa de ética empresarial. Por lo que, en lo que respecta a procedimientos sancionatorios, es el puente entre los empleados y los directivos (Superintendencia de Sociedades, 2016). Así pues, las empresas deben crear un programa de cumplimiento eficaz, eficiente y transparente que garantice la investigación, detección y prevención de estos delitos, dotando de las facultades necesarias al *compliance officer* para que pueda adelantar su gestión.

A su vez, la Ley 1778 de 2016, sostiene en su artículo 35° que, independientemente de las responsabilidades penales individuales a que haya lugar, las medidas que se contemplan en el artículo 91° de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente (Carvajal, *et al.*, 2018). Esta sanción a las empresas, contenida en el Código de Procedimiento Penal, supone que se suspenda o cancele la personería jurídica o el cierre de sus establecimientos de comercio. Que, considerando sus consecuencias, es una situación muy delicada para cualquier sociedad comercial, pues se estaría ordenando su liquidación permanente.

Por otra parte, la Superintendencia de Sociedades, como órgano de control regulatorio y administrativo sancionatorio, deberá garantizar en sus procesos por malas prácticas corporativas el cumplimiento del debido proceso y los principios que lo integran. Además, es esencial que garantice la observancia del principio de proporcionalidad. En virtud de aquello la persona jurídica puede ver atenuada o hasta excluida su responsabilidad si demuestra: la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción; la

realización de un proceso adecuado de debida diligencia; y haber colaborado con la administración de justicia, como con la entrega de pruebas relacionadas con la comisión de las conductas punibles al interior de su organización (Carvajal, *et al.*, 2018).

El régimen sancionador que trajo esta normatividad consagra multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes para las sociedades que incurran en las conductas enunciadas en la ley. Se ha impuesto también, la inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por término de hasta veinte (20) años. Debe recordarse que no solo proceden estas sanciones cuando se da la conducta de soborno transnacional, sino cuando no se suministran pruebas y si no se permite que se haga una investigación adecuada, entorpeciendo las funciones de la Superintendencia de Sociedades.

Bajo este tipo de delitos, no sólo existe la responsabilidad corporativa de las empresas, sino la responsabilidad individual de cada uno de los miembros de la Junta Directiva y de los administradores. Esto, se da en el marco de la figura penal actuar a nombre de otro, eventos en los que puede atribuirse consecuencias criminales por hechos cometidos al interior de una empresa. Lo que supone establecer la asunción de responsabilidades penales individuales, a los sujetos que detenten por vía de una fuente normativa, legal o de hecho, tal competencia de representación (Carvajal, *et al.*, 2018). Entonces, aunque el respectivo soborno haya sido girado a nombre de la persona jurídica, quien acarreará la responsabilidad penal por esto -obviamente si tuvo conocimiento y dominio del hecho- serán los administradores.

Para concluir, es dable establecer ciertas diferencias que surgen entre los regímenes sancionatorios en materia penal y administrativa que son: (i) En el proceso sancionatorio administrativo, la sanción es asumida por la persona jurídica mientras que en el Derecho Penal, como es sabido está proscrita la responsabilidad de personas jurídicas, por lo que la sanción recaerá sobre el representante de la sociedad (ii) En el proceso administrativo se analiza la conducta según un régimen de responsabilidad objetiva es decir, dejando de lado la culpabilidad, lo contrario, en materia penal, que requiere del dolo para la configuración del tipo penal.

3.5. *Compliance* como atenuante o eximente de responsabilidad en Colombia.

La mayor relevancia que ha adquirido el *compliance* en los últimos tiempos se debe en parte a la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de los administradores incluso exonerar a las

personas jurídicas de toda sanción o indemnización. La razón de ser, es la posibilidad de estructurar un modelo autónomo de responsabilidad de los entes colectivos, superando las tradicionales dificultades teóricas y dogmáticas (Bernate, 2018).

En este orden de ideas el deber de establecer un *compliance* requiere de un papel activo por parte de los administradores, pues en el caso de no existir impedirá que se disminuya la pena a imponer o se exima de responsabilidad. Es por esto que se sostiene que la actuación del administrador, de una u otra manera, afecta la responsabilidad de la persona jurídica (Ramírez, *et al.* 2019). Recordando que el administrador, al ser el garante de la persona jurídica, es el encargado de vigilar y alertar los riesgos, su función no se limita a esto, pues también tienen la obligación de adoptar y ejecutar los programas de cumplimiento. De tal suerte, la falta de implementación de un programa de *compliance* podría agravar tanto la responsabilidad del administrador (como persona natural) y la de la sociedad (como persona jurídica).

Así pues, la eficacia, idoneidad, adecuación y garantías materiales para la evitación, detección y reacción frente al delito, de los programas de cumplimiento se configuran como requisitos esenciales para que tales medidas puedan convertirse en circunstancias atenuantes o eximentes. Además, el *compliance* permite a la persona jurídica avalar su grado de cumplimiento frente a terceros, ya que su justificación parte de la base que la efectividad de los programas permite inferir que hay una adecuada auto-organización y un deber de cuidado por parte de la empresa para prevenir los riesgos penales. Si se quiere, una especie de principio de confianza en relación con la creencia que conlleva la mitigación de los riesgos penales que conlleva la actividad empresarial.

En consonancia de lo anterior, Arroyo (2010) asegura que la responsabilidad de la empresa se mitiga o incluso desaparece cuando se han adoptado medidas de organización destinadas a prevenir y descubrir hechos delictivos. También, ello se configuraría si, pese a haberse cometido un hecho delictivo, los directivos han cumplido correctamente con sus deberes de supervisión. Que no es otra cosa que abogar por una atipicidad de la conducta por la ejecución de conductas socialmente aceptadas conforme a un deber legal (actuar de buena fe, diligentemente y con lealtad).

Así, el carácter injusto que se puede presentar dentro de la persona jurídica sería la defectuosa configuración de su ámbito de organización que supera el riesgo permitido. De tal manera, los Programas de Cumplimiento se convertirían en un elemento fundamental para determinar si la

empresa creó o no un riesgo antijurídico. Pero al mismo tiempo, estos programas o, mejor dicho, el haberse dotado de ellos, constituye un importante indicio de la existencia de una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad. Es decir, permite configurar la expuesta culpabilidad empresarial (Silva, *et al.*, 2013, p. 64).

En relación con la exención de responsabilidad para la persona jurídica en caso de un delito cometido por sus máximos responsables requiere que el órgano de vigilancia (*compliance officer*) no haya incurrido en omisión o en un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control. Este requisito es coherente con la lógica del fallo organizativo o defecto de organización que inspira la reforma en este punto. Dado que el órgano de vigilancia es -o debe ser- una instancia con facultades similares a las de un administrador de hecho o de derecho en materia de prevención de delitos, su incumplimiento equivale a un fallo organizativo en el máximo nivel de la persona jurídica, y por ello determina la responsabilidad penal de esta (De la Mata, *et al.*, 2018, p. 152).

Pese a lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene regulado el *compliance* como aquel mecanismo eficaz para interponer una sanción al empleado que incumple su rol y comete una conducta punible. Tampoco, al menos legalmente, se lo ha recibido como la estrategia ejecutada por los órganos colectivos de una sociedad en torno a la autorregulación y observancia ética y normativa. Por lo cual, se han adelantado proyectos legislativos con el fin de que los programas de cumplimiento sean reconocidos como herramientas para la prevención y materialización de conductas delictivas.

Entre los proyectos legislativos que se han desarrollado en torno a la regulación de los programas de cumplimiento en Colombia está el proyecto de ley 149 (Rodríguez, 2020) y el proyecto de ley 178 (Castro, 2020). El común denominador de estos, es que ambos están encaminados a codificar al *compliance* para atribuir responsabilidad a la persona jurídica, dejando de lado el concepto *Societas delinquere non potest*. Superando con ello la problemática frente a la teoría del delito en relación a la acción, culpabilidad y pena de la persona jurídica. Así pues, los programas de cumplimiento serían mecanismos idóneos para las personas jurídicas que busquen una defensa judicial tendiente a atenuar o eximirse de responsabilidad penal, como ocurre en España. Igualmente, se observa una especie de justicia premial, al darle valor a la prevención y mitigación

del riesgo penal, en cuanto a la intención de la empresa investigada de cumplir o no las normas y el programa de cumplimiento (Rivera, 2020).

No obstante, resulta importante hacer unas aclaraciones en torno a la regulación de la persona jurídica en Colombia. En primer lugar, no existe una responsabilidad como tal, pues no se contempla la atribución penal directa a las personas jurídicas. Ello, en atención a que la Ley 599 de 2000 consagró como sujeto central de la represión penal a la persona natural. Por lo tanto, la represión sigue la lógica de una responsabilidad individual. Máxime, cuando se tiene que la pena es directamente proporcional a la culpabilidad, cuya definición actual no podría aplicarse a las personas jurídicas.

Así pues, Colombia adolece de normas penales que ataquen directamente a las personas jurídicas. Lo que no es del todo imposible, ya que la Corte Constitucional, mediante sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, señaló que la ley penal podía ser reformada para imponer responsabilidad criminal a las personas jurídicas. Ello, en la medida que materialmente estas personas podrían llegar a ser sujetos activos de distintos tipos penales. En especial, aquellos que afectan el patrimonio económico. Sobre este asunto, los argumentos de la Corte Constitucional apuntaron a la necesidad de castigar a los entes que se benefician del ilícito y que muchas veces son las personas jurídicas. Por ende, su tratamiento como sujetos penales se justificaría con el fin de dar eficacia a los principios penales y los propósitos que orientan su aplicación en la sociedad.

De esta manera, las consecuencias penales que se le atribuyen a las personas jurídicas no pueden ser penas privativas de la libertad, pues por su carácter ficticio no les permite ser aprehendidas. En cambio, sus castigos se enfocarán en limitar derechos empresariales, como el patrimonio económico con multas, suspensión de labores, o cierre definitivo del establecimiento de comercio. Por ende, debe existir una relación entre la acción productiva de la empresa y la pena que se le imponga. Es por esta razón que se afirma que nuestro ordenamiento jurídico acoge un modelo mixto en materia de responsabilidad penal de los entes colectivos, en el que se imponen consecuencias administrativas dentro del proceso penal (Bernate, 2018).

Sin embargo, la participación de una empresa en el proceso penal no es del todo reducida, puesto que puede ser llamada como tercero civilmente responsable para que responda patrimonialmente por los daños causados por un miembro de su organización (Congreso de la

República de Colombia, 2000, Art. 107). Aunque, en este evento el debate se adecuaría más a una perspectiva civil que penal, la persona jurídica puede tratar de evitar ser declarada como patrimonialmente responsable. Para tal efecto, sobra decir que debe desvincular al empleado y/o directivo que haya cometido la conducta punible, y con ello causado los perjuicios a la víctima.

Además, es indispensable que la persona jurídica ponga de presente que contaba con un programa de cumplimiento, de modo que demuestre que no dio las herramientas a la persona para delinquir. Sino que al contrario, lo capacitó e hizo todo lo posible para evitar que este incurriera en conductas punibles desde el interior de la compañía. Dicho de manera más simple, la empresa deberá demostrar su debida diligencia, ya que si se constata una cultura de indiferencia y libertinaje dentro de la sociedad, está seguramente terminará respondiendo con su patrimonio. Si bien puede darse el supuesto que no se logre encuadrar el tipo penal de omisión de denuncia, una de las exigencias de las buenas prácticas corporativas es que existan protocolos dentro la empresa sobre un deber de denunciar delitos. Así pues, para atenuar o exonerar su responsabilidad en estos eventos la persona jurídica no solo debe demostrar que tenía mecanismos de *compliance*, sino que estos estaban vigentes y eran efectivos.

3.6. Régimen legal de responsabilidad de los administradores y las incidencias del *compliance*.

Existe una gran diferencia en cuanto a la responsabilidad penal de la empresa como persona jurídica y la de los administradores como personas naturales (Carvajal, *et al.*, 2018). Por lo tanto, resulta oportuno analizar la incidencia del *compliance* en cuanto al régimen de responsabilidad de los administradores. Es decir, se buscará indagar cómo puede afectar el manual de cumplimiento la eventual responsabilidad de los administradores por las conductas indebidas que hubieran ejecutado en ejercicio de su gestión.

En cuanto a la culpabilidad del ser humano, como ya se dijo, esta es intransferible tanto a personas naturales como jurídicas. En este orden de ideas, los administradores y directivos responderán individualmente ante los accionistas, acreedores e incluso la sociedad, por los daños que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos, o por los incumplimientos inherentes al desempeño del cargo que supongan conductas punibles.

Por su parte, los programas de cumplimiento, como se ha venido analizando, no solo sirven como eximente de responsabilidad en el ámbito penal a la persona jurídica, sino también de la responsabilidad en el ámbito societario de la que podría acabar respondiendo el administrador a título personal (Pardo, 2019). Ahora bien, la existencia de un sistema de *compliance* podría, de una u otra manera, incidir en la responsabilidad penal de los administradores, cuya labor se deberá analizar a la luz de los deberes de buena fe, lealtad y diligencia.

En este orden de ideas, es evidente que el establecimiento de un programa de cumplimiento eficaz, otorgará un mayor control de las actividades desplegadas por los miembros de la organización. Con eso, logrando mejorar el cumplimiento en las obligaciones tanto internas (buena conducta ética) como externas (prescripciones legales). Por ende, la adopción y seguimiento de programas de cumplimiento puede generar múltiples beneficios a los administradores de las sociedades mercantiles. Provechos que se traducen en evitar daños o sanciones en detrimento de la persona jurídica, y poder actuar debidamente si se materializan perjuicios en detrimento de la sociedad derivados de un incumplimiento normativo o ético.

Por consiguiente, se indagará cuál es la responsabilidad de los administradores en diversos modelos de programas de cumplimiento, como los implementados en Estados Unidos y España (jurisdicciones cuyas aproximaciones al objeto de estudio ya fueron analizadas someramente). Para luego, examinar el funcionamiento de esta temática en Colombia. Labor dirigida no solo a estudiar el régimen de responsabilidad de los administradores en el *compliance*, sino sentar las bases de cómo estos sujetos pueden atenuar y hasta destruir el reproche penal de sus actos.

3.5.1. Régimen legal de responsabilidad de los administradores en los programas de cumplimiento en Estados Unidos.

El caso *in re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, paradigmático para el objetivo trazado, tuvo lugar en el año 1996 ante un Juzgado de Delaware. Dentro de este proceso se estipuló que los administradores debían tratar de crear un sistema de información y un programa de cumplimiento, y en caso de no hacerlo podrían llegar a ser responsabilizados por las pérdidas causadas. Entonces, la *ratio* del juzgador puede ser resumida en que el *compliance* es una herramienta que permite eludir la responsabilidad personal de los administradores si estos han actuado conforme a su cargo (Boese, *et al.*, 1996). Adicionalmente, la obligación en cabeza de los

administradores, consistente en supervisar y controlar la actividad interna con buena fe y debida diligencia, podrá evitar que sean responsables por las actuaciones de otros trabajadores (Peregrine, 2016).

Otro caso famoso es *Walt Disney Co. Derivative Litigation*, que se llevó a cabo en el 2006. Para este evento el tribunal estableció que los administradores no podían ser responsabilizados porque actuaron de buena fe, dentro de uno de sus deberes básicos. En este sentido, el tribunal afirmó que, cuando una acción no sea realizada de buena fe, no será justificada y será el equivalente al incumplimiento del deber de lealtad de los administradores. Por ende, en actuaciones con ausencia de la exigida buena fe, los administradores podrán incurrir en responsabilidad. Además, estas personas deben llevar a cabo un proceso para tomar sus decisiones, en el que se deben tomar en cuenta factores como el nivel de atención y diligencia. En fin, por conducto de su gran responsabilidad y el impacto de sus decisiones, de acuerdo con los parámetros fijados por el *compliance*, los administradores deben conducir su gestión de la manera más adecuada en términos éticos, legales y morales (Rodríguez, 2019).

Finalmente, en el caso *Reiter contra Fairbank* (Court of Chancery of Delaware, 2016), el juez sostuvo que los administradores incurrirán en responsabilidad si actuaron de mala fe. Es decir, se podrá responsabilizar a los administradores no fueron diligentes con sus obligaciones en pro de la sociedad, relacionadas con los programas de cumplimiento. Termina el juez arguyendo que quien acusa al administrador tiene la carga de la prueba, por lo que tiene que demostrar la falta de diligencia. Esta obligación del denunciante, se puede diferenciar al modelo colombiano en el que existe una presunción de culpa de los administradores cuando se aparten de sus funciones o la ley, como fue expuesto en el respectivo apartado.

En atención de lo anterior, es dable afirmar que en Estados Unidos la responsabilidad de los administradores en lógica de los programas de cumplimiento, si se quiere, es un poco restrictiva. Ello, en la medida que pareciera exigirse la mala fe como un presupuesto para responsabilizarlos, lo que muchas veces es complejo. Aunado a lo anterior, se debe demostrar que inobservaron los parámetros del *compliance*, en vez de invertir la carga de la prueba en contra de estos sujetos, como ocurre en otras jurisdicciones.

3.5.2. Régimen legal de responsabilidad de los administradores en los programas de cumplimiento en España.

El primer caso a analizar es la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra del 24 de enero de 2008, donde se estipuló que los administradores están sometidos al llamado riesgo empresarial. Concepto que se traduce en que puede materializarse perjuicios para la sociedad, aun cuando se tomen las decisiones con la debida diligencia empresarial. Sin embargo, esto no puede contrariar los programas de cumplimiento que se estipulen dentro de las empresas, como en los casos que se castiguen los daños por riesgo empresarial. Como se puede observar en esta sentencia, los tribunales españoles ya hacían alusiones al *business judgement rule* (Audiencia Provincial de Pontevedra, 2007).

Por su parte, el artículo 225º de la Ley de Sociedades del Capital (Ministerio de la Presidencia de España, 2010) instituye que los administradores deberán desempeñar su cargo cumpliendo los deberes que les fueron impuestos por las leyes y los estatutos. Lo que se entiende como tener una adecuada dedicación al bienestar de la sociedad, adoptando las medidas necesarias para tal efecto como un modelo de cumplimiento. Si se causaren perjuicios a la persona jurídica por la falta de adopción de un programa de *compliance*, esta podría ejercer la acción social de responsabilidad frente al respectivo administrador. Igualmente, un socio podría ejercer una acción individual de responsabilidad si considera que se han lesionado sus intereses personales. En tales eventos, el administrador podría llegar a responder con su patrimonio frente a la sociedad y sus socios. Por lo tanto, la responsabilidad del administrador no es solo empresarial, si no también personal (Morales Medina, 2019). Una política de *compliance* que incluya la elaboración del programa permitirá exonerar al administrador, siempre y cuando que éste haya actuado bajo los deberes de la buena fe y diligencia.

Por último, no puede olvidarse que las reformas del Código Penal, efectuadas por las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, regularon la actuación de los administradores en materia penal. Así pues, se les gravó con la obligación de actuar de buena fe, informados, sin interés particular, y con sujeción a un procedimiento de toma de decisiones. Lo que, paralelamente implica un deber sobre la aprobación e implementación de los programas de cumplimiento, que ha de integrarse en el adecuado cumplimiento del deber de diligencia. En todo caso, ninguna medida tendría éxito si no se establece un sólido compromiso empresarial, así como un unánime apoyo de los

administradores de la compañía para que se disponga de un modelo de prevención útil y efectivo (Rodríguez, 2019).

Por lo tanto, el caso español es un término intermedio para los administradores. Puesto que, si bien pueden verse amparados por el *business judgement rule*, en caso de un perjuicio no será necesario demostrar una actuación con mala fe (como en el caso norteamericano) sino simplemente la falta de diligencia del sujeto. De todos modos, lo destacable del sistema español es que se esté abogando por la integración de la implementación del *compliance* como uno de los elementos del deber de diligencia. Lo que, permitiría un mayor grado de protección para las personas jurídicas.

3.5.3. Régimen legal de responsabilidad de los administradores en los programas de cumplimiento en Colombia.

En primer lugar, el Estado Colombiano no exige que las empresas cuenten de manera obligatoria con programas de cumplimiento, sino que es discrecional de quien cumple los deberes de administración. La persona encargada de aquellas, dependerá de las especificaciones internas (estructura, tamaño, manejo de capital, entre otras) y externas (marco regulador de la sociedad y sus actividades, actuaciones e interpretaciones e los poderes públicos, riesgo de los mercados en que opera, etc.) de la compañía. Ahora, cuando se configure una inobservancia de estos deberes de aseguramiento en el tráfico general ya podría aducirse la comisión de un delito (Asociación Española de Compliance, 2017). Lo anterior, obedece a que, a nivel empresarial, se desconoce qué son los programas de cumplimiento, las garantías mínimas respecto de sus funciones y su estructura.

Adicionalmente, la realidad en Colombia sigue siendo un contexto empresarial con fuerte tendencia centralizada, por tratarse en su gran mayoría de empresas personales y de familia. En las que existe una idea impregnada en el colectivo de que las relaciones empresariales se acompañen de unidad de dirección y mando en todas y cada una de sus funciones. Lo que termina implicando poca delegación por parte de los directivos y administradores sociales, e insuficiente comunicación entre sus órganos (Londoño González, 2016). Entonces, esta falta de coordinación puede desembocar en un ambiente empresarial desordenado, que sea más propenso para la comisión de conductas punibles.

En materia de responsabilidad de los administradores, estos tienen la obligación de promover, gestionar y controlar los riesgos que surjan a raíz de la actividad empresarial y con ello buscar el debido cumplimiento a través de una cultura ética. Con todo, este no es el único deber que tienen a su cargo, en vista que como ya se ha mencionado, tienen que guiar su comportamiento bajo una debida diligencia -consagrada en el artículo 23° de la ley 222 de 1995-. Lo que implica que deberán tomar las medidas oportunas para el cuidado de la sociedad y así velar por el cumplimiento de la legalidad dentro de la persona jurídica.

Para algunos autores, la puesta en marcha de programas de cumplimiento se trataría de una nueva forma de pre-constituir pruebas de la diligencia debida de la organización empresarial ante un eventual juicio de responsabilidad en favor del administrador (Arocena, 2017, págs. 7 - 13). A su vez, la implementación de esta herramienta permite materializar el principio de buena fe contractual por parte de los administradores, la garantía de transparencia en las prácticas empresariales y sobre todo, abogar por un equilibrio de poderes dentro de la relación laboral (Landa Zapirain, 2011). Entonces, aunque el administrador es quien determina cuáles son los mecanismos tendientes para mitigar el riesgo dentro de la compañía, el *compliance* se erige como un instrumento idóneo para tal efecto. Así, también deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones allí contenidas y garantizar el orden dentro de la organización empresarial, de acuerdo con los deberes que se le han impuesto.

En el supuesto que a nivel corporativo se implementen programas de cumplimiento, pero el administrador decide incumplirlos, es procedente la acción social o individual de responsabilidad frente a esta persona. El fundamento del régimen legal descansa en la posición de dominio que éstos ostentan dentro de la sociedad, cuyo objetivo es el resarcimiento de los daños que se le han causado. No obstante, será necesario que se haya configurado un perjuicio, pues el mero incumplimiento no es suficiente para utilizar estas herramientas.

Para este caso, el régimen de responsabilidad de los administradores se basa en el concepto de la culpa, la cual exige que el daño haya sido desarrollado por el administrador, indicando que es un hecho personal. Sin embargo, por la naturaleza de las funciones se entenderá como una responsabilidad patrimonial y subsidiaria, si son varios los sujetos que ocasionan el detrimento (Delgado, 2018). Así mismo, dentro del tema de la responsabilidad, deben acreditarse por una

parte el daño, seguido de un hecho contrario a derecho, determinado por el incumplimiento de los deberes de gestión, así como el nexo de causalidad entre el daño y el hecho dañino.

De tal manera que, en principio, no se generará responsabilidad alguna, ya sea penal, patrimonial o disciplinaria, si los administradores han cumplido correctamente con sus deberes de supervisión. Ya que, se han mantenido dentro del riesgo permitido, configurando de manera correcta su propio ámbito de acción (Bernate, 2018). El riesgo permitido, es aquella conducta, que es socialmente adecuada y por cuyo conducto no se incrementa con el peligro y sobre un bien jurídico tutelado (López, 1996, p. 40).

Ahora bien, vale preguntarse qué ocurre si un administrador, sin saberlo, ayuda a sus compañeros a cometer conductas punibles. Es decir, un miembro de la organización empresarial que cumple con su rol, termina contribuyendo con un aporte esencial al plan criminal. Problema que ya ha sido resuelto en el Derecho Penal. Dado que, podría argüirse que sobre él aplicaría la figura de la prohibición de regreso, que dispone que los sujetos que, de una u otra forma, dan un aporte a la realización de un tipo penal sin tener conocimiento de esto, no deberían ser acreedores de responsabilidad penal por la concurrencia de una acción socialmente neutra (López, 1996, p. 133-134). A fin de cuentas, no puede censurarse penalmente a un sujeto que ha conducido su comportamiento con los estándares que le son exigibles, cumpliendo las expectativas que surgen de su rol.

Cabe resaltar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad penal por los delitos cometidos en inobservancia de los programas de cumplimiento implementados suele recaer sobre los administradores, aún cuando la obligación primaria recae en el ente colectivo. En efecto, como lo señala Bernate (2018), mientras las disposiciones que crean deberes de *compliance* con efectos penales imponen las cargas a las personas jurídicas, las consecuencias punitivas de la inobservancia de estas recaen sobre sus administradores. En otras palabras, mientras quien incumple con la normatividad es la persona jurídica, quien termina respondiendo penalmente es el administrador del ente jurídico, que no es el destinatario de la imposición normativa (Bernate, 2018). Lo cual se explica, en razón de la inexistencia de preceptos legales para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

Esta situación, de castigar a los administradores por hechos que le son ajenos, genera un desconocimiento de cimientos fundamentales del derecho penal moderno y de garantías básicas en un Estado Social de Derecho, como lo son el principio de culpabilidad y del debido proceso. Por una parte, se desconoce el principio de culpabilidad en tanto que el administrador asume la responsabilidad por el hecho de un tercero. Pues es inimpugnable que es la persona jurídica la obligada a configurarse normativamente de la forma establecida por la ley, pero es el ciudadano en cuya cabeza se radican las consecuencias por el incumplimiento de este precepto (Bernate, 2018). Del mismo modo, se ponen en riesgo derechos constitucionales, como el buen nombre y protección de datos personales (Art. 15º), participación de trabajadores en la gestión de las empresas (Artículo. 57º) y presunción de inocencia (Art. 29º).

De tal suerte, el régimen de posibles sanciones a los administradores por la inobservancia de ciertas disposiciones en los modelos de *compliance* se presume exagerado. Así, no es dable imponer una pena a un administrador, a menos que se logre demostrar un incumplimiento en sus deberes básicos, como ocurre en el caso de la administración desleal o la corrupción privada, como fue expuesto. De tal forma, una posible solución para remediar este problema sería responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, para que estas sean acreedoras de la pena por la inobservancia de los presupuestos contenidos en el respectivo programa de cumplimiento. Con todo, esto significaría una reforma estructural a la normatividad penal nacional, que acarrearía un considerable tiempo y diseño. Por lo que, la opción más viable que tendrían los administradores es demostrar que han actuado con la lealtad, diligencia y buena fe que les son exigidas.

CONCLUSIONES

Recapitulando, a lo largo del presente trabajo se ha expuesto la génesis y desarrollo de dos instituciones jurídicas. Primero, se analizaron las bases en relación con la responsabilidad patrimonial y penal que puede endilgarse a los administradores de sociedades por faltas cometidas en ejercicio de su cargo. Dentro de tal examen, se expusieron los requisitos que en cada régimen se exigían para que se configurara la responsabilidad de estos sujetos y que efectos podría traer consigo la declaración de su responsabilidad. Acto seguido, se indagó sobre el funcionamiento y elementos de un programa de *compliance*. Así, aunque el anterior estudio se hizo con base en una lógica del derecho nacional, esta aproximación a los modelos de cumplimiento se guió conforme a un examen de Derecho Comparado. Con esto en mente, fueron contrapuestos los aspectos centrales del presente trabajo, para establecer la responsabilidad de los administradores sociales en lógica del *compliance*.

El anterior ejercicio permitió llegar a las siguientes conclusiones:

1. Los administradores tienen entre sus deberes obrar con buena fe, lealtad y debida diligencia en todas y cada una de las actuaciones que involucren los intereses de la sociedad. Por ende, cuando estos incumplan o se extralimiten en sus funciones, o cuando hayan violado las leyes o los estatutos de la sociedad, deben ser acreedores de la correspondiente responsabilidad patrimonial o penal.
2. En lo que atañe a la responsabilidad penal de los administradores, ya sean de hecho o de derecho e incluyendo a los miembros de órganos colegiados, quien cometa un delito en el giro ordinario de la empresa será responsable a título de autor de tal hecho delictivo. Sin embargo, cuando se está ante eventos de subordinación, es fundamental analizar el caso en concreto para determinar quién debería responder penalmente.
3. En la mayoría de los casos el administrador será tratado como coautor, pues tiene la capacidad de evitar el respectivo delito a través de las medidas de control que tiene a su disposición en virtud de la posición de garante que detenta. Así, será necesario dar luces sobre el dominio que tuvo en cuanto a la supervisión, vigilancia y control de los demás miembros de la organización empresarial. De ahí, resulta inequívoco afirmar que por su posición de garante, los

administradores pueden ser considerados como autores de los delitos que afecten a la persona jurídica y que permitieron realizar.

4. La empresa es un escenario criminógeno latente, en el cual son protagonistas los administradores. Quienes, por la inobservancia de uno de sus deberes legales y/o estatutarios, en ejercicio de su cargo, pueden incurrir en delitos especiales. Claramente, por su inescindible relación con aspectos relacionados a la gestión administrativa, ciertos tipos penales serán más comunes en el mundo corporativo. Este es el caso de la administración desleal y la corrupción privada.
5. De acuerdo con el fenómeno de flexibilización del Derecho Penal y la aparición del Derecho Penal Empresarial, se ha permitido el estudio y sanción por las actividades ilícitas ejercidas en el curso de una actividad empresarial. Por consecuencia de ello, se han implantado los programas de cumplimiento o *Compliance*, como herramientas de gran utilidad para evitar la comisión de delitos al interior de las coporaciones.
6. El *Compliance* permite incorporar una ética corporativa, a través de protocolos específicos, para el cumplimiento de la normativa de acuerdo con los mecanismos para mitigar los riesgos que surjan. De ahí que se constituya como una forma de autorregulación por parte de las empresas, que consiste en una facultad discrecional de estas con el objetivo de evitar sanciones.
7. La correcta implementación de un programa de cumplimiento ha permitido atenuar o incluso eximir la responsabilidad de la persona jurídica, así como graduar de forma diferente la eventual responsabilidad de los administradores. Circunstancia que concurre en el caso español y norteamericano.
8. En la actualidad, en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha regulado de forma precisa la implementación de los programas de cumplimiento y con ello, la pertinencia de su incorporación; pues resulta evidente que, de una u otra manera, el *compliance* puede llegar a generar una afectación a los derechos individuales tanto de los socios, como de los administradores, terceros y todos aquellos que concurren en la relación empresarial.

No obstante, en la actualidad existe una serie de normas en el régimen administrativo sancionatorio que estipulan que los programas de cumplimiento generan cierta utilidad y

beneficio para las compañías que los adoptan. Utilidad que se traduce en que las sociedades mercantiles pueden llegar a atenuar o eximirse de responsabilidad por actos de corrupción transnacional, de acuerdo con lo prescrito en la Ley 1778 de 2016.

9. No es posible afirmar, en materia penal, que estos programas de cumplimiento puedan eximir o atenuar la responsabilidad, ya que en la actualidad Colombia no cuenta con un sistema de responsabilidad de la persona jurídica. Ello, de acuerdo con el concepto de *Societas delinquere non potest*, que sostiene que las personas jurídicas no pueden cometer delitos por no tener la necesaria capacidad de acción y de culpabilidad del derecho penal clásico.
10. Respecto de la responsabilidad de los administradores, el Código Penal se queda corto pues no trae la posibilidad para que un administrador, a quien se le impute los delitos propios de su ejercicio, pueda hacer uso de los programas de cumplimiento con la finalidad bien sea de atenuar su responsabilidad o no ser juzgado. En este sentido, al no existir tal norma, será tarea del legislador realizar una adecuada y efectiva regulación del *compliance*, y con ello introducirlo en el ordenamiento jurídico a fin de garantizar que los administradores cuenten con un escenario más favorable dentro del proceso penal.
11. Además de una cultura de ética empresarial, ateniendo a que los administradores son responsabilizados por los incumplimientos empresariales de los modelos de *compliance*, una regulación normativa de este asunto se torna como necesaria. En especial, considerando que se debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de estas personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abello, J. (2009, 21 de julio). *La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio*. Revista Panorama, 3(7). Politécnico Grancolombiano.
- Alonso, J. (2011) *Los programas de cumplimiento*. Estudios sobre las reformas del Código Penal. 143-200.
- Arocena, G. (2017). *Acerca del denominado “criminal compliance”*. Revista Crítica Penal y Poder, (13). Universidad de Barcelona.
- Artaza, O. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Marcial Pons.
- Arroyo, I. (2001). Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid
- Arroyo, L. & Nieto, A. (2013). *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch.
- Arroyo, L. (2010). *Los caminos de la armonización penal*. Tirant lo Blanch.
- Asociación Española de Compliance (2017) *Libro blanco sobre la función de Compliance*.
- Audiencia Provincial de Pontevedra, España (2007, 24 de enero) Ponente. Francisco Javier Menéndez Estébanez.
- Ambos, K., Carrión, A., Abanto, M., Galain, P., Asmat, D., Caro, J., Polaino-Orts, M., Caro, D., Reyna, L., Urquiza, G. & Winter, J. (2015). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Jurista Editores.
- Bacigalupo, E. (2012). *Compliance y derecho penal*. Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2007). *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Bacigalupo, S., & Lizcano, J. (2013) *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en los delitos relacionados con la corrupción*. Eurosocial.
- Ballesteros, F. (2017). Análisis de la administración desleal y la corrupción en el sector privado a la luz de la legislación colombiana y el derecho comparado (Trabajo de grado de Maestría en Derecho Penal). Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10509/Ballesterosfabio2018.pdf?sequence=1>
- Beck, U. (1998). *La sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás, Trads.). Madrid, España: Piados. (Obra original publicada en 1986).
- Bermejo, M. & Palermo, O. (2013) *La intervención delictiva del compliance officer*. En *Compliance teoría del derecho penal*. (pp. 171-206). Marcial Pons.
- Bernate, F. (2018, 18 de mayo) *El compliance y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia*. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo, 10(20). 31-49.
- Bernate, F. & Aranjuez, F. (2018). Administración desleal y corrupción privada. En C.G. Castro Cuenca (Ed.), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I*. (605-628). Bogotá D.C.: Temis.
- Berrocal, M. (2017, 29 de junio) *Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios*. Revist@ E-Mercatoria, 16(1), 81-116. <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n1.03>
- Boese, J. & Morley, M. (1996) *Corporate Compliance Programs: Effective Programs May Protect Corporate Directors from Personal Liability*. Fried Frank. <https://www.friedfrank.com/index.cfm?pageID=25&itemID=74>
- Carbajo Cascón, F. (2012). Corrupción en el sector privado (i): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial. *Iustitia*, (10) (281-342)

- Carvajal, S. & González, J. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y su viabilidad en la legislación colombiana (Tesis de grado para optar por el título de abogado). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/13294/Sebastian_CarvajalArroyave_JuanJose_GonzalezSuescun_2018.pdf?sequence=2https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci-arttext&pid=S0718-33992016000200005http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/download/1346/pdf/4872
- Castro, C. & Ospina, J. (2018). Derecho penal societario. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario
- Castro, J. (2020, 30 de julio). *Proyecto de Ley 178. Por la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación de terrorismo, soborno transnacional, y delitos contra los recursos naturales y medio ambiente y se dictan otras disposiciones.* <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2020-2021/1975-proyecto-de-ley-178-de-2020>
- Cervantes, F. (2006). *Responsabilidad tributaria de los administradores de sociedades comerciales.* Derecho y Realidad, 4(8). Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Cervini, R. (2008, 15 de mayo) *Derecho penal económico. Perspectiva integrada.* Revista de Derecho 3(1), 11-58. Universidad Católica de Uruguay.
- Congreso de los Diputados de España (1995, 23 de noviembre). Ley Orgánica 10 del Código Penal.
- Congreso de la República. (2000). Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”. Bogotá D.C.: Diario oficial No. 44.097, 24 de julio de 2000.
- Congreso de los Diputados de España (2015, 30 de marzo). Ley Orgánica 1/2015. Por la cual se modifica la Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal.
- Congreso de la República de Colombia (1873, 26 de mayo). Ley 84. Código Civil. Diario Oficial 2.867.
- Congreso de la República de Colombia (1992, 20 de diciembre). Ley 222. 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. Diario Oficial 42.156.
- Congreso de la República de Colombia (1997, 6 de noviembre). Ley 412. Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis. Diario Oficial. 43.168.
- Congreso de la República de Colombia (2000, 24 de julio). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial 44.097.
- Congreso de la República de Colombia (2003, 13 de marzo). Ley 800. Por medio de la cual se aprueban la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil dos (2002).
- Congreso de la República de Colombia (2004, 1 de septiembre). Ley 906. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45.658.
- Congreso de la República de Colombia (2005, 15 de julio). Ley 970. Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.
- Congreso de la República de Colombia (2008, 5 de diciembre). Ley 1258. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario Oficial 47.194.

Congreso de la República de Colombia (2011, 12 de julio). Ley 1474. 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 48.128.

Congreso de la República de Colombia (2016, 2 de febrero). Ley 1778. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

Corte Constitucional de Colombia. (1996, 12 de septiembre). Sentencia C-434/96. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. (1998, 30 de junio). Sentencia C-320/98. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1998, 5 de agosto). Sentencia C-397/98. M.P Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1998, 18 de noviembre). Sentencia C- 674/98. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1999, 27 de octubre). Sentencia C-843/99. M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (2000, 1 de marzo). Sentencia C- 210/00. M.P Fabio morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (2002, 31 de octubre). Sentencia C-939/02. M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2003, 21 de octubre). Sentencia C-962/03. M.P Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. (2004, 1 de junio). Sentencia C-558/04. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (2006, 22 de febrero). Sentencia C-123/00. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (2006, 8 de marzo). Sentencia C-172/06. M.P Jaime Córdoba Triviño.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (1938, 1 de diciembre). M.P Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017). Sentencia de Casación Civil bajo Radicado 11001-31-03-019-2005-00327-01 del 14 de agosto de 2017. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia de Casación Penal Radicado 12191 del 25 de abril de 2002. M.P. Carlos Mejía Escobar.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. (2009, 2 de septiembre). Sentencia 29.221. M.P Yesid Ramírez Bastidas

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. (2013, 15 de mayo). Sentencia 34.320. M.P Luis Guillermo Salazar.

Corte Suprema de Justicia. (2014). Sentencia de Casación Penal bajo del radicado 41800 del 16 de julio de 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Court of Chancery of Delaware (2016, 18 de octubre) *Case Michael Reiter v. Fair Bank*. CA. No. 11693 – CB.

De la Mata, N., Gómez-Aller, J., Lascuraín, J. & Nieto, A. (2018) *Derecho penal económico y de la empresa*. Dykinson.

De Vicente, R. (2016) *Vademécum de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.

- Delgado, C. (2018). *Hacia una construcción de la noción de culpa de los administradores en el ámbito de la responsabilidad civil en Colombia* (Monografía para optar por el título de Magíster en Derecho). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/13530/Catalina_DelgadoLondono_2019.pdf
- Deloitte España (2010) *La función de compliance en la empresa española*. <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/retos-de-la-funcion-compliance.html>
- Díaz, M. (2014, julio). *Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión*. Revista Nuevo Foro Penal, 10(83), 15-38. Universidad EAFIT.
- Fiscalía General de la Nación. (2018). *Principales Tipologías de Corrupción en Colombia*. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-VIII.pdf>
- Foffani, L. (2010, julio) *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?* Revista Nuevo Foro Penal, 6(75), 41-52. Universidad EAFIT.
- Galán, A. & Núñez, E. (2017) *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Tirant lo Blanch.
- García, B. (2015) *Whistleblowing y canales institucionales de denuncia*. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. (pp. 206-231). Tirant lo Blanch.
- García, P. (1999) *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. J.M Bosch Editor S.A.
- García, P. (2006). *Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular*. Universidad de Piura, 1-12.
- Gideon, Mark. (2015) *The Yates Memorandum*. Law Review. 51(4). University of California.
- Gimeno, J. (2016) *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Civitas.
- Gómez Jara, C. (2010, diciembre) *¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil acuñado por Alex van Weezel*. Política Criminal 5(10). http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf
- Gómez, V. (2006) *Los delitos especiales*. Edisofer, S.L.
- González, P. (2012) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. [Tesis doctoral Universidad de Granada]. Repositorio institucional. <https://digibug.ugr.es/handle/10481/22250>
- Hoyos, T. (2019). *El delito de Administración Desleal: Revisión de los Elementos Normativos del Artículo 250B del Código Penal Colombiano. Una Mirada a la Doctrina y al Derecho Comparado (Trabajo de grado de Derecho)*. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Recuperado de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/15688/Tomas_Hoyos_Duque_2019.pdf?isAllowed=y&sequence=2
- Jacobs, G. (1997) *Estudios de Derecho Penal*. Civitas.
- Jakobs, G. (2009). *La imputación objetiva en Derecho penal*. Buenos aires, Argentina: Ad-hoc. (Obra original publicada en 1996).
- Laguado, D. (2004) *La responsabilidad de los administradores*. Universitas. 53(108) 225-279. Pontificia Universidad Javeriana. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14726>

- Landa Zapirain, J. (2011). *Ética empresarial y responsabilidad social corporativa*. En J. Goñi Sein, *Ética empresarial y códigos de conducta* (pág. 145 y ss.).
- Londoño González, S. (Enero - Junio de 2016). *Administrador blindado, juez amordazado: ¿Se justifica adoptar la business judgment rule en el ordenamiento jurídico colombiano?* Revista de Derecho Privado (55), 1 - 38.
- Londoño, D & Riaño, J. (2016) *De la fallida reforma al régimen de responsabilidad de administradores en Colombia*. Criterio Jurídico. 16(1), 107 – 133. Universidad Javeriana de Cali.
- López, C. (1996). *Introducción a la imputación Objetiva*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia
- López, M. & Toro, L. (2015) *Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios*. [Trabajo de grado Universidad EAFIT]. Repositorio institucional EAFIT. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/8286>
- Luzón Peña, D. & Roso Cañadillas, R. (2013). La administración desleal societaria en el derecho penal español. InDret, 3(10), 1 - 38.
- Martínez-Buján, C. (2011) *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 3ª ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch
- Martínez-Buján, C. (2013) *Derecho penal económico y de la empresa*. Tirant lo Blanch.
- Márquez, A. & González O. (2008, 1 de junio) *La coautoría: Delitos comunes y especiales*. Revista Diálogos y Saberes, 28(28), 29-50. Universidad Libre.
- Medina, J. (2010, agosto) *La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del derecho penal*. Gaceta Penal & Procesal Penal, 14(8), 55-76.
- Medina Morales (2019) *¿Qué responsabilidad tiene el administrador si no implementa un programa de compliance?* <https://medinamorales.com/que-responsabilidad-tiene-el-administrador-si-no-implementa-un-programa-de-compliance/>
- Mir Puig, S., Corcoy, M. & Gómez, V. (2014) *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención detección y reacción penal*. Edisofer.
- Ministerio de la Presidencia de España (2010, 3 de julio). Real Decreto Legislativo 1/2010. Por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Morillas Cueva, L., et al. (2011). *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*. Madrid, España: Dykinson.
- Muñoz, F. & García, M. (2010) *Derecho penal parte general*. Tirant lo Blanch.
- Neira, L. (2006) *Apuntaciones General al Derecho de Sociedades*. Editorial Temis.
- Nieto, A. (2018). Administración Desleal y Apropiación Indevida. En N. J. De la Mata Barranco, J. D. Gómez-Aller, J. A. Lascurain Sánchez, A. Nieto Martín (Eds.), *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (237-284). Madrid: Dykinson.
- Nieto, A. (2015). El cumplimiento normativo. En A. Nieto (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (25-49). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ospina, G. (1998) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis.
- Pardo, J. (2019) *Incidencia de los programas de Compliance en la responsabilidad societaria de los administradores*. Economist & Jurist. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/incidencia-de-los-programas-de-compliance-en-la-responsabilidad-societaria-de-los-administradores/>
- Peregrine, M. (2016, 7 de diciembre). *Beyond Caremark: Individual and Corporate Liability Considerations*. Compliance & Enforcement.

https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2016/12/07/beyond-caremark-individual-and-corporate-liability-considerations/

- Presidencia de la República de Colombia (1971, 16 de junio). Decreto 410. Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial 33.339.
- Presidencia de la República de Colombia (1993, 5 de abril). Decreto Ley 663. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Diario Oficial 40.820.
- Presidencia de la República de Colombia (2016, 15 de noviembre). Decreto 1848. Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Ramírez, P. & Ferré, J. (2019) *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Universidad Católica de Colombia y Tirant lo Blanch.
- Ramírez, P. (2018) *Responsabilidad penal corporativa y Compliance. Un nuevo marco regulatorio de ética, gobernanza y control de los riesgos de las empresas*. Revista Paradigma. 27(2), 47-80.
- Rayón, M. (2018, enero) *Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia del proceso*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense. (51), 197-222.
- Real Academia Española. (2021). Diccionario de la lengua española (24ª ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es>.
- Reyes, F. (2014) *La sociedad por acciones simplificada*. Legis.
- Reyes, F. (2020) *Derecho societario. Tomo I*. Editorial Temis.
- Reyes, F. (2013). *Análisis Económico del Derecho Societario*. Editorial Legis.
- Rivera, D. (2020, 5 de octubre) *Dos reformas pro-Compliance*. Asociación Colombiana de integridad, Ética y Compliance. <https://aciec.co/reformas-procompliance/>
- Robles, R. (2021) *La autoría no ejecutiva*. Indret Penal, Revista para el Análisis del Derecho. <https://indret.com/la-autoria-no-ejecutiva/>
- Rodríguez, D. (2019) *La teoría de la representación como aquello que sustenta la obediencia frente a la ley*. Revista Cies Centro de Investigaciones Escolme, 10(2).
- Rodríguez, E. (2020) *Proyecto de Ley 149. Responsabilidad Penal Personas Jurídicas*. <https://www.camara.gov.co/secretaria/proyectos-de-ley>
- Rodríguez, I. (2019) *Relación del régimen societario de responsabilidad de los administradores con los programas de compliance*. Comillas Universidad Pontificia. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/28816/TFG%20DERECHO%20-%20Inlgo%20Rodríguez%20Valero.pdf?sequence=1>
- Schünemann, B. (2002) *La responsabilidad penal en el marco de la empresa*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- Sánchez – Vera, J. (1995) *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 48(1), 187-264.
- Silva Sánchez, J. (2006). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, España: Civitas.
- Silva, J. & Montaner, R. (2013) *Criminalidad de empresa y compliance prevención y reacciones corporativas*. Atelier.
- Soler, J. (2017) *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. [Tesis doctoral Universitat Autònoma de Barcelona]. Repositorio institucional. <https://ddd.uab.cat/record/188083>
- Suárez, A. (2013) *Delitos contra el patrimonio económico*. Universidad Externado de Colombia.

- Superintendencia Financiera de Colombia. (2008, 18 de diciembre). Circular Externa 060. Instrucciones relativas a la prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo a los emisores no sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Superintendencia de Sociedades. (s.f). *Guía práctica para administradores*. https://www.supersociedades.gov.co/prensa/Documentos_publicaciones/GUIA%20ADMINISTRADORES%207.pdf
- Superintendencia de Sociedades. (2014, 8 enero). Oficio 220-001672. Referencia: Honorarios del representante legal.
- Superintendencia de Sociedades. (2014). Sentencia 2014-801-084.
- Superintendencia de Sociedades. (2013). Sentencia 2013-801-076.
- Superintendencia de Sociedades. (2019). Sentencia de 26 de marzo de 2019.
- Superintendencia de Sociedades. (2015, 23 julio). Circular Externa 100-000003. Con el propósito de compilar las principales instrucciones generales que en materia legal ha emitido la Superintendencia de Sociedades y que hasta la fecha han estado vigentes.
- Superintendencia de Sociedades. (2016). Circular Externa. Guía orientada a poner en marcha programas de cumplimiento para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016.
- Sutherland, E. (1999). *El delito de cuello blanco* (Rosa Del Olmo, Trad.). Madrid, España: La Piqueta. (Obra original publicada en 1949).
- Troklus, D., Warner, G. & Wollschlager, E. (2008) *Compliance 101*. Society Of Corporate Compliance and Ethics.
- Uribe, N. (2013) *El régimen general de responsabilidad civil de los Administradores de sociedades y su aseguramiento*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Velásquez, F. (2013). Derecho penal y corrupción privada en los negocios. En F. Velásquez Velásquez, R. Posada Maya, A. Cadavid Quintero, R. Molina López, J. Oberto Sotomayor (Coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*, Libro homenaje al profesor Nodier Agudelo, Tomo I. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad EAFIT, Universidad Sergio Arboleda, Universidad de los Andes.
- Velásquez, F. (2020) *Fundamentos de derecho penal Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Welzel, H. (1969). *Derecho Penal Alemán, Parte General* (Juan Bustos Ramírez & Sergio Yañez, Trans.). Chile: Jurídica de Chile. (Obra original publicada en 1939).
- World Compliance Association (2020) *Guía de evaluación de programas de compliance corporativo*. Departamento de Justicia de los Estados Unidos. http://www.worldcomplianceassociation.com/documentacion/Updated%20DOJ%20Evaluation%20of%20Corporate%20Compliance%20Programs_1556779696.pdf