

**EL ABUSO DE CONFIANZA
Y EL HURTO AGRAVADO
POR LA CONFIANZA EN LA
RESPONSABILIDAD PENAL
EMPRESARIAL EN COLOMBIA***

Jorge Arturo Abello Gual**

Fecha de Recepción: 28 de Mayo de 2010

Fecha de Aceptación: 31 de Mayo de 2010

Artículo Resultado de Revisión

Resumen

En el presente trabajo se analizan la responsabilidad penal del representante legal y de los trabajadores por la administración fraudulenta de los recursos de una compañía. Para estos efectos, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que el representante legal responde por el delito de abuso de confianza, mientras que el empleado responde por el delito de hurto calificado por la confianza. El estudio indaga sobre los presupuestos que soportan las consecuencias anteriores, y plantea la posibilidad de darle un trato igual.

Palabras clave

Abuso de confianza, Hurto agravado por la confianza, Responsabilidad penal empresarial.

* El proyecto de investigación del cual es producto este documento, ha sido financiado por la Fundación Politécnico Grancolombiano, mediante el contrato de investigación 2010-DI-FCS-DJG-BC-4, del 14 de diciembre de 2009.

** Abogado y especialista de derecho penal de la Universidad del Norte. Candidato a magister de la Universidad de los Andes. Profesor e investigador de la Facultad de Ciencias sociales del Politécnico Grancolombiano. Correo electrónico: georabello@hotmail.com

**BREACH OF TRUST AND
AGGRAVATED THEFT BY TRUST
IN THE CORPORATE CRIMINAL
LIABILITY IN COLOMBIA**

Abstract

In this paper, it is analyze the responsibility of manager and the worker in the companies, when they commits a fraud on administration of resource. Furthermore, the doctrine and the jurisprudence have determinate the follow, the manager will be responsible for the breach of trust in contrast of the worker, who will be responsible for aggravated theft by trust. The research investigates on the budgets that support the consequences mentioned above, and proposes the possibility of equal traits.

Keywords

Breach of trust, Aggravated theft by trust, Corporate criminal liability.

INTRODUCCIÓN

La delincuencia empresarial, esto es, las conductas criminales realizadas desde y a través de las organizaciones empresariales, viene colocando en aprietos las leyes penales colombianas, que con las figuras tradicionales no alcanza a proteger muchas conductas perjudiciales realizadas en las empresas. En otras legislaciones, como por ejemplo la española, existen una serie de delitos dirigidos a proteger los intereses de los socios, de las actuaciones de otros socios o de los administradores. Estos delitos llamados delitos societarios se justifican, por la necesidad de proteger el capital de los inversionistas en las empresas, y por evitar que se produzcan grandes defraudaciones que pongan en riesgo la economía del país.

Por ejemplo, en el código penal español en el Artículo 295 se describe un delito que castiga con pena de prisión aquella administración desleal o fraudulenta de los recursos sociales,

previniendo de esta forma que los administradores, en ejercicio de sus funciones, realicen operaciones altamente riesgosas que comprometan la estabilidad financiera de la empresa, y que incluso puedan llevar a la liquidación de la misma, con todos los efectos perjudiciales para los socios, acreedores y trabajadores. Esta conducta no se encuentra tipificada en la Ley colombiana, y la pregunta que surge es si con los tipos penales tradicionales como el hurto, el abuso de confianza y la estafa, se puede lograr la protección de los intereses de los socios por la mala administración de los recursos sociales que hagan los administradores de una empresa.

La correcta administración de los recursos sociales es un tema de vital importancia en toda compañía, pues de ello depende su viabilidad económica y financiera. La responsabilidad de una buena gestión de los recursos se encuentra en cabeza del representante legal y de los órganos de administración, que son los encargados de ejecutar el objeto social de conformidad con los estatutos y las directrices de los socios o accionistas.

En algunas oportunidades, los actos realizados por los órganos de administración o por el representante legal no son los más apropiados de conformidad con el momento financiero de la empresa, o de las circunstancias económicas que se presentan en el mismo. Estas decisiones en todo caso están sujetas al control de los socios o accionistas, y generan en responsabilidad para el representante legal o para el órgano de administración, cuando ellas provocan perjuicios¹. La Ley comercial colombiana, siempre ha abierto la posibilidad de incoar otras acciones judiciales entre ellas la penal en caso de presentarse un delito. De acuerdo con el estudio realizado en este trabajo en la doctrina y la jurisprudencia, el representante legal

que se apropie de bienes cuya administración tenga a su cargo incurre en el delito de abuso de confianza. En contraste con lo anterior, los trabajadores que en ejercicio de sus funciones realicen actos tendientes a obtener provecho para sí o para un tercero, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia estudiada en este trabajo, incurren en el delito de hurto agravado por la confianza.

Esta diferencia de trato, es la que se pretende analizar para determinar si de acuerdo con los principios fundamentales del derecho penal y los criterios dados por la doctrina y la jurisprudencia se justifica.

1. APROXIMACIÓN A LA DIFERENCIA ENTRE ABUSO DE CONFIANZA Y HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA

En este aparte de este trabajo, se expondrá los resultados del análisis de la bibliografía estudiada, más los aportes de la jurisprudencia que nos permite introducirnos al debate sobre cuál es la diferencia señalada por los doctrinantes y la Corte Suprema de Justicia entre el abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza.

El primer resultado de esta investigación permite evidenciar –como se desarrollará más adelante–, que de conformidad con la mayor parte de la jurisprudencia² y la doctrina colombiana³, el administrador o representante legal que disponga de los bienes de la sociedad para su propio beneficio o de un tercero, incurre en el delito de abuso de confianza. En cambio, cuando se trata de un trabajador que tiene ciertos dineros de su empleador a su cargo y

¹ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*. Legis. Bogotá. Décima edición. 2008. p. 338-339.

² Por ejemplo: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³ Por ejemplo: MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Responsabilidad penal de los administradores de empresa*. Universidad Católica de Colombia. Biblioteca el Dike. Bogotá. 2006. p.511-513.

dispone de ellos para su beneficio o de un tercero, estaría incurriendo en el delito de hurto agravado por la confianza⁴. Esta dualidad de punición entre estos dos comportamientos muy parecidos ha sido muy poco controvertida, y es por ello que, en la última parte de este escrito, me doy a la tarea de exponer mis desacuerdos sobre los criterios que fundamentan este trato desigual; por ahora me concentraré en los elementos y criterios que ha señalado tanto la jurisprudencia como la doctrina, para definir y diferenciar el abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza.

En primer lugar, podemos evidenciar la diferencia conceptual entre el abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza, de la siguiente manera: mientras el abuso de confianza⁵ consiste en “*apropiarse de la cosa de la cual el sujeto agente tiene la posesión a nombre de otro (mera tenencia), o sea en incorporar al dominio del sujeto activo la cosa que es del pasivo; es convertir arbitrariamente en dominio lo que es una mera tenencia, para transformar una relación posesoria legítima (mera tenencia) en ilegítima (dominio o posesión)*”⁶. El hurto agravado por la confianza consiste en el apoderamiento de cosa mueble ajena, pero donde “*el agente tiene acceso a la cosa en virtud de alguna función que deba desempeñar, pero no por título alguno que le dé cierta autonomía en su manejo. Abusa de la confianza del derechohabiente,*

al apoderarse de la cosa, a la que tiene acceso, siendo por tanto más fácil el desapoderamiento, mereciendo por ello mayor sanción”⁷.

Al respecto, la Corte Suprema ha dicho:

*“En el delito de hurto el legislador ha empleado el verbo rector apoderarse, mientras que la expresión verbal que preside la conducta del abuso de confianza es apropiarse; en el delito de hurto el autor del ilícito carece por completo del poder jurídico sobre la cosa, mientras que es requisito indispensable del abuso de confianza que el agente detente la cosa bajo título no traslativo de dominio, en fin, en el delito de hurto agravado por la confianza, entre el agente y el propietario, poseedor o tenedor del bien, existe una relación de confianza de carácter personal, al paso que en el abuso de confianza lo que es indispensable es que entre los referidos sujetos exista un nexo jurídico que los relacione con el bien que es objeto material de la infracción, aún cuando no exista confianza en el plano personal”*⁸.

Siguiendo con el tema, la Corte Suprema de Justicia ha determinado ciertos criterios para diferenciar el abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la siguiente jurisprudencia, que es una de las más citadas por el alto tribunal en este punto:

“[S]i bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, también lo es que en el delito de hurto agravado el bien puede estar en poder del agente pero sin vínculo jurídico sobre el mismo, ya que el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se encuentra en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del sujeto activo de la infracción.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia de 20 de Mayo de 1986.

⁵ La Corte Suprema de Justicia ha expuesto que para que se configure el abuso de confianza se requiere “*en primer lugar, de una apropiación de cosa mueble ajena; en segundo orden, que el objeto apropiado lo haya recibido el sujeto por obra de la confianza en él depositada o por razón de un título no traslativo de dominio; y en tercer lugar, se exige dicha actividad le produzca un lucro personal al agente o a un tercero*”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 18 de Febrero de 1998. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

⁶ SUAREZ SANCHEZ, Alberto. “Delitos contra el patrimonio económico”. En: *Lecciones de Derecho Penal parte especial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006. p. 760.

⁷ TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá. Décimo primera edición. 2009. pp.139-140.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia de 20 de Mayo de 1986.

<A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente 'por un título no traslativo de dominio'; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

<El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente.

<Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos..., no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos. (Casación del 17 de enero de 1984, M. P. Dr. Luis Enrique Aldana Roza)>>'9.

En pronunciamientos más recientes¹⁰ afirmó:

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Auto de 26 de junio de 1997. Radicación N° 13139

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencias de 24 de enero, 7 de marzo y 6 de septiembre de 2007. Radicaciones N° 22412, 24793, y 23719 respectivamente.

“La distinción, bastante problemática, entre el delito de abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza, puede afrontarse desde una triple perspectiva que involucre el bien jurídico, la ontología de la conducta y el sentido normativo de la misma.

Desde una visión político criminal de las normas penales se puede concluir, por el énfasis que hiciera el legislador en el principio de lesividad, que la lesión o el riesgo para el bien jurídico se constituye en la esencia del injusto y de allí la necesaria referencia a la categoría dogmática de la antijuridicidad como expresión de los desvalores de acción y de resultado (Artículo 11 del código penal).

Desde ese margen se puede sostener, igualmente, que sólo las conductas seleccionadas por el legislador tienen la aptitud de vulnerar la relación social concreta y prejurídica que encarna el bien jurídico y que por la dinámica de los procesos de interacción puede afectarse de diversas maneras, como ocurre con bienes jurídicos como el de patrimonio económico, que puede lesionarse o ponerse en riesgo mediante la apropiación (abuso de confianza), el apoderamiento (hurto), la coacción (extorsión), el engaño (estafa), o conductas afines (defraudación) que implican respuestas punitivas diversas dependiendo de la gravedad, modalidad e intensidad del ataque.

Así se puede explicar, mediante una primera aproximación, la razón por la que, pese a su similitud y a proteger un mismo bien jurídico, los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza terminan distinguiéndose como expresiones de sentido que responden a diversas estructuras ontológicas y a una concreta modalidad de afectación, las cuales el legislador extrae de la realidad y las sanciona de manera diversa, como corresponde a sus perfiles óntico y valorativo.

Por eso, nótese que la apropiación, como núcleo rector del tipo penal del abuso de confianza, contiene un juicio de valor que hace énfasis en la relación que surge entre la víctima y los bienes (la mera tradición), mientras que en el hurto, el

apoderamiento, si bien también corresponde a una expresión jurídica, mira más a la ontología de la conducta, a una relación fáctica.

Si se quiere, en el abuso de confianza la apropiación tiene explicación en un marcado acento jurídico, pues ella surge como consecuencia de la entrega en confianza de un bien que se recibe a título no traslativo de dominio, mientras que el apoderamiento en el hurto dice relación con una situación con acento fáctico que el derecho valora como indeseable.

En éste sentido, la Corte ha expresado lo siguiente: “<<en el primer caso su nomen iuris se debe a que la conducta abusiva del tenedor precario al no devolver al tradente la cosa, a quien la víctima se la ha entregado por un título no traslativo de dominio, defrauda su confianza, de ahí que en otras legislaciones como la francesa se le denomine a esta conducta ‘administración fraudulenta’, mientras que en el evento del hurto lo que se reprocha para agravar la pena es el haberse aprovechado de la confianza dada por el propietario, poseedor o tenedor de la cosa para que le sea más fácil al delincuente su ilegal apoderamiento.

<Por esto, al describir el legislador el delito de abuso de confianza exige que la cosa objeto de la posterior apropiación se haya confiado o entregado con anterioridad, sin que se exija necesariamente la existencia de un vínculo de confianza entre el derecho habiente y el receptor, entendido éste como la existencia de una comunicabilidad de circunstancias sociales, sino que la confianza nace del título mediante el cual se entrega la cosa, que al no transferir el dominio genera derechos que cree su propietario tener, contrario a lo que sucede con el agravante del hurto que, como se dijo, si exige esta clase de relaciones interpersonales porque es en razón de ellas que el hurtador logra el apoderamiento indebido de la cosa, o por lo menos le posibilita su consumación>>”¹¹.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Casación del 17 de febrero de 1999. Radicado No. 11093. También en las siguientes sentencias: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

De acuerdo con las anteriores definiciones, el punto de partida para diferenciar el abuso de confianza del hurto agravado de la confianza, es que en éste último, “*el bien mueble se halla en la esfera de custodia de la víctima en tanto que en el abuso de confianza se encuentra en la esfera de custodia del agente*”¹². Sin embargo, hay casos en los que la doctrina ha señalado que se configura el hurto agravado por la confianza, pues a pesar de que el agente tiene en su poder el bien, no existe título no traslativo de dominio. De esta forma, se aclara que la existencia de un título no traslativo de dominio termina siendo un elemento fundamental para diferenciar un delito de otro.

Por ejemplo, en la Sentencia del 20 de Mayo de 1986, La Corte Suprema de Justicia Sala Penal estableció:

“Son muchos los casos en que se comete hurto sobre las cosas que el agente detenta, aún cuando sin vínculo jurídico que permita predicar señorío sobre la cosa; tal el caso del llamado famulato, o del cajero del banco, o de los trabajadores que se apoderan de bienes que se hallan en su poder por razón del desempeño de su actividad o funciones y frente a los cuales reiteradamente se ha negado el abuso de confianza por la ausencia de nexo jurídico entre el agente y el titular del derecho, que los vincule al objeto material del delito. Así mismo, en todos los casos en los que se da una cosa a un mensajero para que se haga entrega de ella a un tercero, habrá hurto agravado si este se apodera del bien, independientemente de que el destinatario se halle en la misma edificación en donde se hizo la entrega o en ciudad distinta, pues la naturaleza del delito no puede modificarse

SALA PENAL. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Proceso N.º 33173. Sentencia del 7 de Abril de 2010. M.P. Alfredo Gómez Quintero. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Proceso No 27319. Sentencia del 6 de Septiembre de 2007. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

¹² *Ibíd.* p. 194.

*por el trayecto, largo o corto, que deba recorrer el mensajero*¹³.

De esta manera, surge la tesis según la cual el contrato de trabajo no implica título no traslativo de dominio, lo que explica la Corte Suprema en la misma sentencia antes citada de la siguiente forma:

*“El conductor de un vehículo automotor recibe tanto el vehículo como la mercancía que transporta, pero en manera alguna tiene título jurídico de entidad precaria sobre esos bienes, pues el automotor lo recibe en virtud de relación de carácter laboral que no le atribuye señorío alguno sobre ese instrumento de trabajo, y la mercancía la recibe para su transporte y entrega sin que por ese hecho pueda deducirse la existencia de título no traslativo de dominio en relación con ese concreto bien, con menos razón en un caso como el que ahora se examina, en el cual la entrega de la mercancía no se hizo a la persona del conductor, sino a una empresa de transporte bajo cuya responsabilidad se hallaba la mercancía hurtada. Esto es, que la ausencia de título sobre esos bienes, impide afirmar la existencia de un abuso de confianza cometido por el conductor, pues es de la esencia de este ilícito que el agente tenga algún poder sobre la cosa, derivada del referido título jurídico”*¹⁴.

Igualmente, en otra sentencia de la época, la Corte exalta el título no traslativo de dominio como elemento constitutivo del abuso de confianza, y excluye el hurto agravado por la confianza mencionando por una parte, que *“dado que en uno y otro caso, los bienes se encuentran al alcance del sujeto activo, en un evento –el hurto– por un contacto físico con aquellos en razón de la función asignada a aquél por el dueño y, en el otro –abuso de confianza– por ser tenedor de los mismos, al estar los valores en su poder merced a título precario o no traslativo de dominio, con*

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 20 de Mayo de 1986.

¹⁴ *Ibidem*.

*reconocimiento en todo caso de derecho ajeno”*¹⁵. Igualmente, mencionó en la misma sentencia que “el ánimo de apropiación puede surgir en el abuso de confianza una vez constituida la tenencia y en el hurto cuando se establezca la situación de fiducia o confianza que permite al sujeto el contacto directo con la cosa, sin que pueda hablarse estrictamente de que la posesión en el abuso de confianza la tenga exclusivamente el agente quien es solo tenedor con concretas limitaciones dominicales, por cuanto reconoce señorío ajeno”¹⁶.

En contraste con los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el profesor Tocora avala en algunos casos la tesis de que el contrato de trabajo no contiene el título no traslativo de dominio que exige el abuso de confianza,

*“por lo que los objetos sobre los que recae la conducta ilícita, no se hallan en la esfera de custodia, de la mucama, o del dependiente, o del vigilante, sino en la de sus dueños, poseedores o legítimos tenedores, quienes emplean a dichas personas para ejercer esa custodia.”*¹⁷ Pero no se encuentra de acuerdo con otros casos, como el del cobrador a quien se le confía la recaudación de los créditos, toda vez, *“que los dineros por él recogidos estarán en su ámbito de custodia por la autonomía que alcanza a tener sobre ellos, concurriendo en éste sí, la condición de tenedor, necesaria a la figura del abuso de confianza”*¹⁸.

El citado profesor sostiene su postura explicando que el término “confiado”, contenido en la descripción típica, significa para él

“que el abusario puede hallarse en poder del bien, no sólo por la entrega que le haga el dueño,

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 21 de Noviembre de 1989.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Ob.Cit. p. 194.

¹⁸ *Ibid.* Pág. 196.

*poseedor o tenedor legítimo, sino también por habersele confiado el bien, caso que en la doctrina se conoce como entrega simbólica por confianza, y que coincide con el ejemplo del cobrador, quien no recibe la cosa de su dueño, sino tan solo la confianza para recibir el dinero de los deudores*¹⁹.

Igualmente, encuentra el profesor una contradicción entre los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia, en dos sentencias diferentes, respecto de la definición de título no traslativo de dominio, menciona que en la sentencia del 7 de Noviembre de 1950 el alto Tribunal que *“si la cosa se halla bajo el cuidado del infractor, en virtud de una relación de prestación de servicios, por ejemplo, que excluye su depósito necesario o entrega en poder de aquel y por lo tanto la obligación de restituír”*²⁰, el delito es de hurto. Pero en Sentencia del 21 de Febrero de 1958, la corporación afirmó que *“el abuso de confianza no solamente se comete cuando lo entregado se subordina a aquellos contratos que no transfiere el dominio, como el de arrendamiento, comodato, prenda, mandato y depósito, sino también cuando proviene de actos de tenencia jurídica o fiduciaria”*²¹. Y aclaró en todo caso, que la diferencia entre hurto y abuso de confianza, *“debe buscarse en la clase de facultades concedidas al agente, o mejor en el grado de confianza otorgado (la confianza los admite), o en el de responsabilidad (también susceptible de grados) que caracterice las atribuciones del infractor”*²².

Con base en la última decisión citada, el profesor Tocora formula que el caso del cobrador debe penalizarse por el abuso de confianza, porque *“a pesar de tener una relación o contrato de trabajo, por la autonomía y responsabilidad en el manejo de la cosa, objeto material de la infracción,*

*se ubica más en el concepto de abuso de confianza que el hurto”*²³. Además, si bien es cierto que el cobrador no tiene la tenencia de la cosa a título de administración fiduciaria, la entrega *“procede de un acto voluntario y libre de entrega, que implica cierta disposición de la cosa, sobre todo tratándose de dineros, y que excluye la idea de apoderamiento, constitutiva de la acción en el hurto, siendo más ontológicamente una apropiación abusiva”*²⁴.

Siguiendo con el tema, en una sentencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia, esta corporación afirma que el elemento constitutivo del abuso de confianza es el título no traslativo de dominio, estableciendo por una parte

*“que para la tipificación del delito de abuso de confianza, la cosa ha debido entrar a la órbita del agente por un título no traslativo de dominio, vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras en el delito de hurto agravado por la confianza, el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aún cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor”*²⁵.

A su vez, mencionó en el mismo fallo que

*“si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aún cuando materialmente se halle en manos del agente”*²⁶.

¹⁹ Ibid. Pág.195.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 7 de Noviembre de 1950.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 21 de Febrero de 1958.

²² Ibidem.

²³ TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Ob.Cit. p.196.

²⁴ Ibidem.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 17 de marzo de 1994.

²⁶ Ibidem.

Para concluir luego, que

“la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los ha recibido en su almacén para examinarlos, de cajeros de banco o de entidades comerciales, o de quienes los detentan mientras su titular sube a un vehículo, por ejemplo, no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos”²⁷.

Otro criterio utilizado por la Corte para determinar la configuración del abuso de confianza, es establecer si existe o no una tenencia fiduciaria, en la cual

“el agente tiene sobre la cosa, un poder de hecho, que es distinto del poder de derecho correspondiente a quien la traspasa. Si el propietario sigue custodiándola aunque sea por medio de otras personas, como acontece con el fámulo a quien se le confía una casa para su aseo, no se crea la relación de confianza. La tenencia fiduciaria implica atribuciones autónomas que puede ejercer el agente a nombre del propietario”²⁸.

En este mismo fallo dispone la Corte que no existe tenencia fiduciaria *“cuando la cosa ajena continúa en la esfera de custodia o de actividad del derecho-habiente. En ambos casos, toda acción dolosa por parte del agente que tienda a apropiarse de la misma no podrá reputarse abuso de confianza sino, específicamente, hurto”²⁹.*

En concepto del profesor Carlos Mario Molina Arrubla³⁰, el abuso de confianza se configura cuando el agente recibe una cosa mueble ajena

a título no traslativo de dominio, y no cumple con la obligación de restituirla si el bien no es consumible, o no rinde cuentas del manejo del bien si es consumible. Bajo dicho presupuesto, el citado profesor, considera que hay abuso de confianza cuando: a) El administrador de una empresa vende activos fijos a menor precio, favoreciendo dolosamente intereses de terceros, ocasionando con ello un detrimento patrimonial a la compañía; b) Cuando el administrador cubre gastos personales con dineros que la empresa le asigna para ejercer sus funciones; c) Cuando el administrador paga servicios a otras compañías, en condiciones menos favorables a las que ofrecen otras, o cuando paga trabajo que realmente no se requerían favoreciendo de esta forma a otra empresa, y perjudicando a la que él representa; d) Cuando se conceden créditos a quien no tiene con qué responder o en cuantías superiores a lo permitido, generando un alto riesgo financiero a su compañía³¹.

Para sustentar lo anterior, el profesor Molina considera que el caso del gerente es diferente a la de un cajero de un banco, porque a este último no se le entregan los dineros a título precario –como lo afirma la Corte Suprema de Justicia–; en cambio, al gerente si se le entregan los dineros a título precario *“porque le son confiados por sus superiores a fin de que los maneje de acuerdo con las pautas, políticas o reglamentos de la entidad”³².*

En España, el tipo penal equivalente al abuso de confianza es el de apropiación indebida que se encuentra consagrado en el Artículo No. 252 del Código Penal. El profesor Muñoz Conde comenta sobre este tipo penal que *“en términos generales puede decirse que la apropiación indebida difiere del hurto en no mediar sustracción, sino apropiación ilegítima de algo que ya se posee*

²⁷ Ibidem.

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 15 de Marzo de 1993.

²⁹ Ibidem.

³⁰ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Responsabilidad penal de los administradores de empresa*. Ob. Cit. pp. 500-503.

³¹ Ibid. pp.511-513.

³² Ibid. p. 512.

*legítimamente. El sujeto activo de la apropiación indebida debe estar, por tanto, en posesión de la cosa apropiada...*³³.

Así como en Colombia, en España se considera que los trabajadores no comenten apropiación indebida (abuso de confianza en Colombia), sino hurto calificado por la confianza. Al respecto considera el profesor Muñoz que “*el cajero que se apodera del dinero de la caja que custodia o la chica del servicio doméstico que sustrae algunos objetos de plata mientras está limpiándolos, poseen indudablemente estas cosas, aunque sea a título de meros ‘servidores de la posesión’, y sin embargo, cometen hurto*”³⁴.

Sobre el caso del administrador, se ha considerado lo siguiente:

*“Respecto del contrato de sociedad no hay obstáculo legal alguno que impida que uno de los socios sea castigado por apropiación indebida cuando dispone ilícitamente de objetos del patrimonio comunitario en cuya posesión estaba por un título que implica la obligación de entregarlos o devolverlos. Lo mismo puede decirse del administrador que utiliza los fondos sociales para fines propios, desviando el patrimonio social del objeto social a que estaba afecto”*³⁵.

Y se aclara además que

“en la STS de 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust) se considera que aunque no quede probada la apropiación en beneficio propio de 600 millones pertenecientes a la sociedad, el administrador que dispuso de ellos, sin que quede constancia de haberlos reintegrado a la sociedad, comete apropiación indebida, que en el nuevo Código penal sería de preferente aplicación por estar castigada

*más gravemente que el delito de administración social fraudulenta”*³⁶.

En España, igualmente se tiene claro que cuando el dueño tiene una cosa mueble pignorada o gravada con prenda sin tenencia, y dispone de ella, estaría cometiendo el delito de apropiación indebida³⁷. Por otro lado, también es claro que quién celebra un contrato de mutuo o préstamo, y no devuelve la cosa fungible no comete apropiación indebida, “*pues este contrato transmite la propiedad y no la posesión de las cosas prestadas, aunque naturalmente subsistan las correspondientes acciones civiles o, si ha existido engaño previo que determinó la entrega de la cosa, la posibilidad de aplicar los preceptos relativos a la estafa*”³⁸.

2. CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE ABUSO DE CONFIANZA Y HURTO CALIFICADO POR LA CONFIANZA

Luego de analizar algunos debates y conceptos contenidos en las sentencias y conceptos antes citados, me dispuse a compilar los criterios con los que a mi parecer la doctrina y la jurisprudencia ha diferenciado el abuso de confianza del hurto agravado por la confianza, para de esta forma, pasar a exponer el resultado del análisis de la aplicación de los mismos en algunas situaciones problemáticas. Los criterios son los siguientes:

- a. Si el bien se encuentra en poder del sujeto activo.
- b. Que exista un vínculo jurídico entre el bien mueble (objeto material) y el sujeto activo.
- c. Que el vínculo jurídico no sea un contrato de trabajo.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. Décimo quinta edición. 2008. p. 442.

³⁴ *Ibid.* p. 443.

³⁵ *Ibid.* p. 446.

³⁶ *Ibid.* p. 447. En igual sentido MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Administración Fraudulenta en sociedades de inversión - Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004. pp. 41-48.

³⁷ *Ibid.* p. 444.

³⁸ *Ibid.* p. 445.

- d. Que el vínculo jurídico sea un título no traslativo de dominio, como un contrato que no traspase la propiedad.
- e. Que el bien se le haya cedido al sujeto activo mediante encargo fiduciario, en virtud del cual esté obligado a devolver el bien o a rendir cuentas sobre la administración del mismo. Ahora, sobre el punto del encargo fiduciario podemos incluir la tesis del administrador de una compañía, al que se le confían los bienes para realizar el objeto social, es decir que los bienes se encuentran afectados a una finalidad específica, que no debe ser desconocida por quién los administra.

Todos los anteriores criterios deben mirarse de manera conjunta, para lograr diferenciar el abuso de confianza del hurto agravado por la confianza; sin embargo, es de aclarar que cada uno de los criterios expuestos, analizados por separado se enfrenta a fuertes excepciones, que en mi concepto permitirían proponer una conclusión totalmente diferente, y es la que se expondrá en el último apartado de este trabajo.

Así por ejemplo, el primer criterio que dispone que el bien se encuentre en poder del sujeto activo, colapsa a la excepción del empleado que dentro de sus funciones administra ciertos bienes y se apodera de ellos, como el caso del cajero de un banco.

El segundo criterio, que sugiere la existencia de un vínculo jurídico entre el bien y el sujeto activo, podríamos decir que el contrato de trabajo es un vínculo jurídico, o que el mutuo es un vínculo jurídico, y a pesar de ello no se configura el abuso de confianza en estos eventos.

El tercero expone, que el vínculo jurídico no sea un contrato de trabajo, lo cual enfrenta un problema mayor, pues el administrador o gerente de una compañía se encuentra vinculado a ella (en la mayor cantidad de casos) por un contrato de trabajo, y aún así la jurisprudencia y la

doctrina como se estudio en el aparte anterior de este trabajo, afirman que cuando alguien administra los recursos de otro en calidad de gerente o representante legal, y se apropia de ellos se configura un abuso de confianza.

El cuarto establece que se configure entre el bien y el sujeto activo un título no traslativo de dominio, pero ello también esto sujeto a objeciones, pues si hablamos de un administrador o un representante legal que puede disponer de los recursos de una empresa, no podríamos decir que los bienes le fueron dados en arrendamiento, o en depósito o en mutuo, o en usufructo toda vez, que el puede disponer de ellos en virtud de su encargo.

El quinto criterio, que trata sobre el encargo fiduciario es prácticamente una ampliación de los llamados títulos no traslativos de dominio, pues este tipo de contrato no es propiamente un título no traslativo de dominio. Ello se hizo para incluir aquellos bienes que deben ser administrados por una persona para determinados fines, como los administradores de las sociedades mercantiles, que efectivamente tienen gran libertad para administrar los bienes –e incluso venderlos-, pero se encuentran en cierta forma restringidos al objeto social de la empresa. Sin embargo, este encargo fiduciario o mandato para efectuar ciertas actuaciones tiene varios problemas conceptuales: a) Se encuentra relacionado en ocasiones con un contrato de trabajo, o a ciertas relaciones de subordinación como la existente entre la asamblea de accionistas y el representante legal; b) el administrador tiene amplias facultades para disponer de los bienes que administra, por lo que no podríamos afirmar que existe un título no traslativo de dominio; c) no todos los actos de la sociedad son realizados por el representante legal, pues existen muchos actos que son realizados por sus empleados que tienen la calidad de representantes de la sociedad para determinados actos, ya sea por medio de poder, o en calidad incluso de factor.

Estas complejidades de las estructuras societarias se hacen evidentes en las decisiones de los jueces y Tribunales, y para ello citaré dos ejemplos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde en una decisión afirmó que un gerente incurría en abuso de confianza y en la otra condenó a otro gerente por hurto agravado por la confianza, para tal efecto citaré algunos apartes de cada una de los fallos, para demostrar los hallazgos.

En la primera decisión la Corte sostuvo que un gerente de una entidad bancaria había cometido hurto agravado por la confianza:

“Señala que los empleados de la entidad bancaria MANUEL EFRÉN MARTÍNEZ ARCOS, gerente para esa época, Rosalio Castillo Hurtado, Gregorio Páez Neira, Jairo de Jesús Rivera, Eduard Iván Durán, Emperatriz Franco y Luz Adriana Cardona González, encargados del manejo y la administración de los bienes se apoderaron de los mismos aprovechando la confianza depositada en ellos por la entidad.

En síntesis, en el abuso de confianza el sujeto se apropia de la cosa mueble que le fue entregada o confiada por un título que no traslada el dominio que sobre ella tiene su propietario, poseedor o tenedor; en el hurto agravado por la confianza el sujeto se apodera de la cosa mueble respecto de la cual entra o tiene contacto material en razón de la buena fe depositada en él, por su propietario o tenedor.

La confianza en la conducta furtiva agravada puede provenir de una relación laboral, de la amistad, del parentesco o de servicios gratuitos, siendo esencial que esa relación entre el dueño o tenedor y el sujeto sea la que facilite o posibilite el apoderamiento, porque lo que caracteriza al comportamiento es la defraudación de la confianza depositada en él.

Ahora bien, en la sentencia atacada que se tiene como unidad jurídica inescindible junto con el fallo de primera instancia, se precisa que la relación de confianza que existía entre la entidad y

los procesados originada en el contrato laboral, de ninguna manera podía identificarse con la confianza generadora de la apropiación en el delito de abuso de confianza, dado que lo determinante en este caso es el vínculo jurídico con el bien, lo cual indica que él y los cómplices carecían de legitimación para tener el dinero.

Se dice que hubo un aprovechamiento de las circunstancias propias de la actividad laboral para llevar a cabo los actos de apoderamiento, derivada de su condición de gerente y de la confianza depositada en él por la entidad bancaria defraudada.

De ese modo, se agrega que los actos mediante los cuales MARTÍNEZ ARCOS y sus cómplices se apoderaron del dinero, relacionados con el otorgamiento de créditos a clientes sin tener atribuciones para concederlos, que fueron negados, nunca se tramitaron por la oficina encargada o se contabilizaron por un mayor valor; el reintegro al sistema de cartera de la entidad de obligaciones castigadas y la actualización por capital e intereses de obligaciones vencidas a cargo de familiares suyos y de un tercero, no se asemejan a los que mudan la conducta furtiva en abusiva.

En efecto, la Corporación entendió que el gerente simplemente tuvo contacto material con los dineros depositados en la sucursal del mismo banco, pero que jamás le fueron entregados mediante un título no traslativo de dominio, de modo que la conducta se adecua al hurto agravado por la confianza depositada en él por su empleador.

No incurre en equívoco alguno el Tribunal al mantener incólume la calificación jurídica de la conducta punible atribuida a MARTÍNEZ ARCOS y a sus cómplices, porque a aquél tanto el banco como los clientes no le entregaron o le confiaron el dinero, esto es, carecía de la tenencia legítima propia del abuso y sus funciones relacionadas con la administración y el manejo de la sucursal, simplemente le permitían un contacto material con el mismo.

Es decir, que los actos ejecutados para su apoderamiento, posibles por la relación de confianza entre patrono y empleado surgida con ocasión

*del contrato laboral, descartan que el procesado tuviera la tenencia fiduciaria que permitiera dar por estructurada la conducta que reclama el recurrente. Ni hubo entrega ni tampoco le fueron confiados a título precario los dineros apropiados*³⁹.

En este otro fallo en cambio, el alto Tribunal penal estableció que el gerente de una sociedad podría realizar abuso de confianza y no hurto agravado por la confianza:

“... en éste específico asunto concurre en el procesado la condición de asociado de la firma “PROCESO DIGITAL Ltda.”, así como la de representante legal de ésta, pues, desde su creación hasta cuando se resolvió disolverla, ostentó el cargo de gerente en desarrollo del cual le correspondía según la ley⁴⁰ y los estatutos de la misma⁴¹, la administración de sus bienes y negocios, y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o relacionados directamente con la existencia y el funcionamiento de esa sociedad “sin limitaciones respecto de la cuantía”.

Es que, necesario es recordarlo, aun cuando una sociedad comercial está revestida de personería jurídica que le permite ejercer derechos y contraer obligaciones en desarrollo de su objeto social y le da capacidad de ser representada judicial y extrajudicialmente, esas facultades no puede hacerlas efectivas por sí misma por tratarse de una ficción jurídica, y en consecuencia le es indispensable valerse de una persona física encargada de manejar, gobernar y dirigir los negocios y bienes de aquella, para proteger el patrimonio y los intereses sociales, persona física

que en el presente caso no era otra que su representante legal, en quien se encarnaban aquellas prerrogativas dentro de los límites señalados en los estatutos.

*De suerte que como el implicado detentaba el cargo de gerente, representante legal de la tantas veces citada sociedad, el cual le confería la administración (comprendidas, naturalmente, en ella las labores de custodia y conservación) jurídica y material de los bienes y derechos que integraban el patrimonio de la referida empresa, si incurrió en un comportamiento doloso orientado a apoderarse, en provecho propio o de un tercero, de todos o parte de aquellos, la conducta punible que su obrar habría materializado no sería propiamente la de hurto agravado por la confianza, sino la de abuso de confianza*⁴².

3. TOMA DE POSTURA

De esta manera, se puede evidenciar cómo los criterios utilizados por la Corte pueden llegar a diferentes resultados en dos casos aparentemente análogos. Luego de los resultados hallados en la presente investigación, me permitiré realizar algunas conclusiones y plantear algunas propuestas para solucionar los problemas evidenciados en desarrollo de este trabajo.

Como comentan muchos doctrinantes, para saber qué delito se debe imputar a una persona por haber sustraído bienes de una sociedad en ejercicio de sus funciones, es necesario analizar en cada caso la estructura societaria con la cual se está trabajando, para determinar de acuerdo con las funciones quién podría cometer abuso de confianza, y quién puede cometer hurto agravado por la confianza.

Pero ello no es tan fácil, el profesor Narváez explica que en una sociedad hay que distinguir entre los conceptos de gestión social, función

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Proceso No. 33173. Sentencia del 7 de Abril de 2010. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁴⁰ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 110, numeral 12, 196, y 358. Ley 222 de 20 de diciembre de 1995. Artículos 22 y 23.

⁴¹ Cfr. Cuaderno original N° 1. Folios 12 a 19. Escritura Pública N° 914 de 5 de mayo de 1993. Artículo decimoctavo.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

administrativa y función representativa. Según Narváez, la gestión social implica las

*“las funciones administrativas y representativas, vale decir, actos y relaciones internas o externas de la sociedad respecto de sus propios asociados y frente a extraños en general. Además, todo cuanto atañe al desarrollo y la marcha interna, así como al cumplimiento de sus actividades y al funcionamiento de las unidades de explotación o establecimientos mediante los cuales se realiza”*⁴³. La función administrativa en cambio *“se extiende al conjunto de operaciones de orden interno, verbigracia, las atinentes a los planes de producción de bienes o prestación de servicios, la armonización de políticas de personal, de adquisición de insumos o materias primas, de la distribución de productos, de publicidad y de ventas a plazos, de almacenamiento, de transportes, de seguros, de contabilidad, de logística”*⁴⁴.

Por último, la función representativa

*“comprende los actos que la sociedad lleva a cabo con terceros, los contratos que celebra, por conducto de la persona que la hace presente en unos y otros, pues en las relaciones externas todas las manifestaciones de la actividad jurídica de la sociedad se realizan por el órgano que tiene adscrita la función representativa. Y puesto que su actuación se proyecta hacia el exterior, esto es, frente a terceros en general, las normas que regulan esta función son de orden público, por el doble aspecto de trascendencia para la sociedad y de tutela a quienes tengan vínculos jurídicos con ella”*⁴⁵.

De esta manera, se señala que no siempre la persona que administra tiene la facultad de representar legalmente a una sociedad mercantil, por lo cual siempre es recomendable que al realizar negocios con determinada compañía se

verifique si la persona que actúa a nombre de ella, tiene la calidad de representante legal; si no tiene limitaciones estatutarias para celebrar el contrato o negocio; y que el acto se encuentre dentro de su objeto social⁴⁶.

A pesar de la aclaración anterior, ello no es siempre así pues existen actos frente a terceros que no son realizados por el representante legal, sino por un empleado de la compañía. Piénsese por ejemplo en una caja de un banco, no se encuentra ahí el representante legal de la entidad para firmar los comprobantes de egreso, o en la caja de un supermercado, no se encuentra el representante legal entregando la factura ni firmando ningún contrato.

Por otra parte, algunos empleados tienen la facultad de representar a una sociedad, sin necesidad de ser el representante legal; por ejemplo, el código de comercio colombiano establece la figura del factor (Artículos Nos. 1332-1339), quién es una persona con capacidad para

*“celebrar o ejecutar todos los actos relacionados con el giro ordinario de los negocios del establecimiento que administren, incluyendo las enajenaciones y gravámenes de los elementos del establecimiento que estén comprendidos dentro de dicho giro, en cuanto el proponente no les limite expresamente dichas facultades; la limitación deberá inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros”*⁴⁷.

Por último, en relación con la división de trabajo que se presenta al interior de una organización

⁴⁶ Ibid. p. 351.

⁴⁷ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1335. Ver también: Artículo 1332.- La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. En este caso, al mandatario se llamará factor. Artículo 1333- La preposición deberá inscribirse en el registro mercantil; no obstante, los terceros podrán acreditar su existencia por todos los medios de prueba. La revocación deberá también inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros.

⁴³ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*. Ob. Cit. p. 350.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

industrial, se crean a su vez departamentos y dependencias, a las que les asignan determinadas funciones, entre las cuales se encuentran administrar determinados bienes con cierta libertad. Así, por ejemplo, en una empresa se puede suceder que a determinada dependencia se le asigna un presupuesto para realizar sus funciones, y por delegación podrán ejecutar el presupuesto asignado realizando las actuaciones que deben efectuar para la compañía. En esos casos, no siempre actúa el representante legal, sino que son actos administrativos internos que maneja un empleado.

De esta forma se demuestra que, dentro de una estructura societaria, el encargo fiduciario que establece la función de administrar ciertos bienes muebles, no se encuentra únicamente en cabeza del gerente o representante legal de una compañía, que valga aclarar es un empleado también, sino que se encuentra distribuida en otros órganos y empleados de la misma, que también cuentan con libertad, autonomía y discrecionalidad en el manejo de los recursos.

Por esto se evidencia que ciertos empleados logran configurar en sus funciones laborales una especie de encargo fiduciario, cuando ostentan la calidad de factores o cuando en la división administrativa de la empresa se le encomienda la administración de ciertos bienes. La pregunta que surge en estos casos es la siguiente: ¿Qué criterio debe prevalecer en estos casos para establecer si hay abuso de confianza o hurto agravado por la confianza? Si por un lado se encuentra que el encargo fiduciario es un presupuesto para la configuración del abuso de confianza, y por el otro, se establece que el vínculo entre la cosa y el sujeto activo no debe partir de un contrato laboral, pues ello excluye al abuso de confianza y configura el hurto agravado por la confianza.

De lo ya estudiado, un criterio que nos puede ayudar es el expuesto por el profesor Tocora, en relación a que la configuración del abuso de

confianza no solo se da por la entrega de la cosa en virtud de un título no traslativo de dominio, sino también es necesario analizar el grado de confianza o de responsabilidad dado al infractor sobre la cosa, y el grado de autonomía para administrar el bien mueble; ello permitiría que a pesar de la existencia de un vínculo laboral, el hecho del apoderamiento se configurara en el abuso de confianza⁴⁸.

Para reforzar dicha tesis, podemos citar el concepto de administrador de hecho creado en el derecho penal español. En ese país, algunos delitos societarios requieren del sujeto activo la calidad de administrador, lo cual ha generado una serie de problemas, pues muchos de estos delitos no son cometidos por los empleados que tienen la calidad de administradores, quedando de esta forma muchas de éstas conductas impunes. Para superar dichos problemas, se han venido trabajando los conceptos del administrador de derecho y del administrador de hecho. El administrador de derecho es aquel que, de acuerdo con la Ley y los estatutos de la sociedad, detenta la calidad de administrador o es miembro de un órgano de administración⁴⁹. El administrador de hecho es quién no tiene la calidad de administrador de derecho, pese a que ejercieran funciones como tales⁵⁰.

A pesar de las diferencias de orden formal, la legislación española asimiló la responsabilidad penal del administrador de hecho, al administrador de derecho, haciendo prevalecer la realidad material sobre la realidad formal; de esta forma,

“un sujeto que carece formalmente de la cualificación de derecho “realice la acción típica y produzca la lesión o peligro del bien jurídico de un modo

⁴⁸ TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Ob. Cit. pp. 195-196.

⁴⁹ FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tiran lo Blanch. Valencia. 1996. pp.118 y 121

⁵⁰ *Ibíd.* p. 137.

equivalente desde el punto de vista valorativo, es decir, desde el punto de vista contenido del tipo de lo injusto, a su realización por el sujeto idóneo” esto es, quien goza de la cualidad de derecho. La expresa mención legal de los administradores de hecho permite la integración formal de dichos comportamientos en los tipos correspondientes sobre la base de un fundamento material”⁵¹.

Desde este punto de vista

“el CP de 1995 ha utilizado expresamente un criterio material que atiende a las verdaderas relaciones fácticas entre el sujeto activo y el bien jurídico penalmente protegido, esto es, a la función real que dicho sujeto desempeña y a su acceso a la relación típica con el bien jurídico penalmente protegido, con independencia que mantenga o no un determinado vínculo jurídico-formal con la sociedad. Desde la teoría del dominio social que aquí se adopta, basta con admitir que administrador de hecho es quien accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico penalmente protegido, con el reconocimiento por lo menos tácito de la sociedad”⁵².

Es así como el código penal español, en su parte especial, estableció un igual tratamiento al administrador de hecho y al administrador de derecho. En el caso colombiano, también existe una figura que tiene una misma finalidad, pero en nuestro caso se encuentra en la parte general del Código Penal y es la figura del actuar por otro, consagrado en el último inciso del Artículo No. 29, que dispone lo siguiente:

“quién actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalizada de la

⁵¹ Ibid. p. 148.

⁵² Ibidem.

figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo”⁵³.

El actuar por otro es una forma de autoría, que se aplica para delitos especiales propios; esto es, aquellos delitos que requieren de un sujeto activo calificado. Esta figura permite que una persona que no tenga las calidades exigidas en el tipo penal (ser deudor, ser servidor público) para el autor, se le transfieran dichas calidades cuando actúe como representante de derecho o de hecho de la persona que si las reúna⁵⁴. Al respecto, la profesora Patricia Faraldo explica la figura de la siguiente forma:

“La integración de otros sujetos distintos del formalmente idóneo en el círculo de autores de los tipos societarios especiales sólo se justifica teniendo presente que la conducta de aquellos, a diferencia de la de otros, es materialmente idéntica a la de los sujetos expresamente descritos en el tipo, que son, en los supuestos que nos ocupan, los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación”⁵⁵.

A continuación estudiaremos por qué la figura del actuar por otro podría aplicarse a los empleados que administran ciertos bienes de una empresa.

⁵³ CÓDIGO PENAL. Artículo 29.

⁵⁴ FERRE OLIVE, Juan Carlos, et al. *Derecho Penal Colombiano parte general, principios fundamentales y sistema*. Ibáñez. Bogotá. 2010. p.532. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Comlibros. Madrid. Cuarta Edición. 2009. pp. 911-912. BACIGALUPO, Enrique. *El actuar en nombre de otro. Curso de Derecho Penal Económico*. Madrid. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Segunda Edición. 2005. pp. 131-144. BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Editorial B de F. Montevideo. 2007. pp. 108-112. ABELLO GUAL, Jorge Arturo. *Responsabilidad penal empresarial*. Leyer. Bogotá. 2010. pp. 46-53. GONZÁLEZ CUSAAC, José Luis. *Las Insolvencias punibles. Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004. pp. 99-102.

⁵⁵ FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Ob. Cit. p. 282.

En primer lugar, el abuso de confianza requiere de un sujeto activo calificado, toda vez que el agente debe tener en su poder el bien mueble en virtud de un título no traslativo de dominio, que de acuerdo con lo estudiado, puede ser una tenencia fiduciaria.

En segundo lugar, una empresa actúa a través de un representante legal que cumple con el mandato de administrar unos bienes para cumplir un objeto social. En tal sentido, para que el representante legal pueda cumplir con dicho mandato, debe coadministrar dichos bienes con: otros órganos de administración, exigidos por la ley o los estatutos, o con algunos empleados mediante la delegación de funciones administrativas. De esta forma, podríamos decir que el empleado que administra ciertos bienes en una compañía lo realiza como representante del representante legal o de los órganos de administración, por lo cual, el encargo fiduciario que le correspondía a los dos primeros se encuentra delegado en cabeza del trabajador. Y para reforzar lo anterior cito el siguiente ejemplo de la doctora Patricia Faraldo: “*Así, en el caso de la administración social fraudulenta existe una relación de custodia sobre el bien jurídico susceptible de lesión o puesta en peligro, el patrimonio confiado al autor; y se entiende que la responsabilidad penal debe trasladarse a aquel que acepta la posición de custodia o de dominio de su titular original*”⁵⁶.

Todo lo anterior busca permitir que dos situaciones muy semejantes, en las cuales, en una el sujeto agente es un trabajador, y en la otra es un gerente o representante legal, tengan un mismo tratamiento ante el derecho penal. Según la jurisprudencia citada, el delito de hurto agravado por la confianza tiene mayor pena que el abuso de confianza, porque el individuo que se apodera de cosa mueble ajena lo hace aprovechando la relación de confianza que tiene con el sujeto pasivo, y donde éste último se encuentra

ejerciendo su derecho pleno de propiedad, pues tiene el uso, el goce y la disposición del bien. En cambio, en el abuso de confianza, el sujeto pasivo se ha desprendido de las facultades de uso y goce de la cosa, conservando el poder de disposición, por lo que se considera que la afectación al bien jurídico es menor que en el hurto agravado por la confianza y por lo tanto, se tiene una pena menor.

Sin embargo, cuando pasamos estos criterios a la administración fraudulenta de los recursos de una sociedad, nos encontramos con elementos de juicio distintos; por ejemplo, al empleado que se apodera de los bienes que le colocan a su cargo de acuerdo con sus funciones, responde por hurto agravado por la confianza, mientras que el gerente o representante legal que se apropia de bienes que tiene bajo su administración incurre en abuso de confianza. ¿Será que éste tratamiento tiene una justificación, más allá de la prevención más dura al empleado que por su limitación de recursos se encuentra más propenso a delinquir?⁵⁷ Como lo describe el profesor Neuman, un delito realizado por un alto empresario supera en monto y en dañosidad social, a varios delitos pequeños realizados por un empleado⁵⁸. La realidad es que el tratamiento propuesto no va acorde con los principios de igualdad⁵⁹ y proporcionalidad⁶⁰, pues no hay mucha razón en castigar más duramente a un empleado que a un gerente, cuando ambos incurrieron en el mismo hecho, al apropiarse de dineros que se encontraban bajo su custodia.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por vulnerabilidad*. 2003. Disponible en: www.carlosparma.com.ar/zaffmacerata.htm. Ver también: NEUMAN, Elías. *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria*. Bogotá. Temis. Tercera edición. 2005.

⁵⁸ NEUMAN, Elías. *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria*. Ob. Cit. pp. 5-11.

⁵⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Ob. Cit. pp. 68-70.

⁶⁰ *Ibid.* pp. 74-96.

⁵⁶ *Ibidem.* p. 282.

Conclusión de la investigación.

De acuerdo con los resultados de la investigación realizada que se encuentran bastante desarrollados en el aparte anterior, puedo exponer que el criterio según el cual el contrato laboral no implica título no traslativo de dominio, no es afortunado pues permite el trato desigual entre circunstancias similares. Como se mencionó anteriormente, un representante legal, un gerente o un administrador, también es un empleado de la empresa; inclusive aún si tiene la calidad de socio mayoritario, no puede afirmar que los bienes de la empresa le pertenecen, pues como bien lo dijo la Corte Constitucional, cuando se constituye una sociedad, esta se crea como una persona totalmente independiente de los socios, con un patrimonio diferente⁶¹, por lo cual, los bienes que administra el socio mayoritario no son de su propiedad. Cuando los socios crean una empresa, no se crea una relación de propiedad entre ellos dos, pues la empresa es una persona jurídica, por lo cual lo que se genera es una relación de derechos y obligaciones entre los socios y la sociedad. En consecuencia, la función encomendada al representante legal, administrador o gerente de administrar los bienes de la sociedad, se realizan en razón de un cargo que desempeñan

al interior de la sociedad, y no como propietarios, situación análoga con el empleado que en virtud de su cargo, administra ciertos bienes de la sociedad.

En consecuencia, este debe ser un caso en el cual el juzgador debería hacer uso de la analogía en *bonam partem*⁶², es decir, debe aceptarse que el trabajador en virtud de su contrato de trabajo, al igual que el gerente o representante legal de una compañía puede tener el encargo fiduciario sobre determinados bienes, que se le confían en razón y en ocasión de sus funciones, razón por la cual, es posible que en caso de apropiación de los mismos, le sea imputado el delito de abuso de confianza, así como ocurre con el representante legal.

Por último, de acuerdo con las nuevas tendencias del derecho penal, hoy señalados como funcionalistas⁶³, el contrato de trabajo y los reglamentos de trabajo son elementos normativos que permiten mantener los riesgos dentro de los niveles permitidos⁶⁴, creando de esta forma deberes y obligaciones no solo de no hacer, sino de emprender acciones salvadoras cuando se asume voluntariamente la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo (Artículo No. 25 del Código Penal)⁶⁵. De acuerdo con lo anterior, para determinar si una persona en una empresa incurrió en un

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Fallo de constitucionalidad de 31 de mayo de 2001, acerca del numeral 2, del Artículo 242 de la Ley 599 de 2000. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería. “De acuerdo con la reglamentación legal vigente, en las sociedades nace una tercera persona totalmente independiente de los socios que la componen, esto es, una persona jurídica autónoma sujeto de derechos y obligaciones, con capacidad de goce, capacidad de ejercicio, representación legal y especialmente, que dispone de patrimonio propio. Si bien es cierto, el patrimonio de la sociedad se encuentra constituido por los aportes de los socios para conformar el capital social, los bienes de la sociedad no son parte de propiedad de cada socio, ni siquiera de manera parcial y no sería aplicable la circunstancia de atenuación punitiva prevista en la norma bajo estudio. Si la conducta recayera sobre uno de los bienes muebles que constituyen el patrimonio de la sociedad legalmente constituida, estaríamos frente al tipo básico de hurto, es decir, “sustracción de bien mueble ajeno”, porque el bien mueble pertenece y conforma el patrimonio del ente jurídico autónomo”.

⁶² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Ob. Cit. pp.162-163.

⁶³ JACKOBS, Gunther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid. Marcial Pons - Ediciones jurídicas. 1995. ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general*. Tomo I. Civitas. Navarra. 1997.

⁶⁴ REYES ALVARADO, Yesid. *Ubicación del dolo y la imprudencia en al teoría del delito. Criminología y política criminal oficiales en la Colombia actual. Dogmática y Criminología. Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandia*. Legis. Bogotá. 2005. pp. 530-537.

⁶⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique. *Posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid. Segunda Edición. 2005. ABELLO GUAL, Jorge Arturo. *Responsabilidad penal empresarial*. Ob. Cit.

acto jurídicamente reprochable con implicaciones penales, se acude en muchas ocasiones al contrato de trabajo y al reglamento de trabajo, para establecer primero, qué deberes incumplió el trabajador y segundo, si como consecuencia del incumplimiento de tales deberes se produjo el resultado típico. Por ello, si tanto el reglamento como el contrato de trabajo son fuentes de deberes en el campo jurídico penal, no se entiende cómo si en estos, se impone la obligación de un empleado de administrar y custodiar ciertos bienes, la jurisprudencia y la doctrina dominante siga exigiendo la celebración de otros contratos que confirmen la realidad.

Por todo lo anteriormente expuesto, considero posible que tanto trabajador como gerente o representante legal, en los casos en que se apoderen de cosas que se encuentren bajo su administración y custodia, deberán responder por el tipo penal de abuso de confianza.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLO GUAL, Jorge Arturo. *Responsabilidad penal empresarial*. Leyer. Bogotá. 2010.

BACIGALUPO, Enrique. *El actuar en nombre de otro. Curso de Derecho Penal Económico*. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid. Segunda Edición. 2005.

_____. *Posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons: Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid. Segunda Edición. 2005.

BERRUEZO, Rafael. *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Editorial B de F. Montevideo. 2007.

CANESTRARI, Stefano. *Riesgo empresarial e imputación subjetiva en el derecho concursal. Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004.

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO.

FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tiran lo Blanch. Valencia. 1996.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Fernando. *Delito y error*. Leyer. Bogotá. Segunda edición. 2007.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Ibáñez. Bogotá. Cuarta Edición. 2007.

FERRE OLIVE, Juan Carlos, et al. *Derecho Penal Colombiano parte general, principios fundamentales y sistema*. Ibáñez. Bogotá. 2010.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Tomo I*. Grijley. Lima. Segunda edición. 2007.

GONZÁLEZ CUSAAC, José Luis. *Las Insolvencias punibles. Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004.

JACKOBS, Gunther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons - Ediciones jurídicas. Madrid. 1995.

NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*. Legis. Bogotá. Décima edición. 2008.

NEUMAN, Elías. *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria*. Temis. Bogotá. Tercera edición. 2005.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Administración Fraudulenta en sociedades de inversión. Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Responsabilidad penal de los administradores de empresa*. Universidad Católica de Colombia. Biblioteca el Dike. Bogotá. 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia. Décimo quinta edición. 2008.

REQUEDA JULIANI, Jaime. *La posición de garante del empresario. Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons - Ediciones jurídicas. Madrid. 2005.

REYES ALVARADO, Yesid. *Ubicación del dolo y la imprudencia en al teoría del delito. Criminología y política criminal oficiales en la Colombia actual. Dogmática y Criminología. Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*. Legis. Bogotá. 2005.

RODRIGUEZ VINDAS, Ramón Luis. *Responsabilidad penal de empresas. ¿Societas delinquere potest?*. Biblioteca el Dike. Bogotá. 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal parte general. Tomo I*. Civitas. Navarra. 1997.

SCHUNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal. Monografías módulo penal No. 11*. Ibáñez - Universidad Santo Tomás. Bogotá. 2007.

SEMINARA, Sergio. *El delito de infidelidad en la gestión de los intermediarios. Temas de Derecho Penal Económico*. Trota. Madrid. 2004.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Grijley. Lima. 2001.

SUAREZ SANCHEZ, Alberto. "Delitos contra el patrimonio económico". En: *Lecciones de Derecho Penal parte especial*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006.

TIEDEMANN, Kaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Grijley. Lima. 2007.

TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*. Librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá. Décimo primera edición. 2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal Parte General*. Comlibros. Madrid. Cuarta Edición. 2009.

_____. *Manual de Derecho Penal*. Comlibros. Madrid. Tercera Edición. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Culpabilidad por vulnerabilidad*. 2003. Disponible en: www.carlosparma.com.ar/zaffmacerata.htm

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Fallo de constitucionalidad de 31 de mayo de 2001, acerca del numeral 2, del Artículo 242 de la Ley 599 de 2000. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Casación del 17 de febrero de 1999. Radicado No. 11093.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Auto de 26 de junio de 1997. Radicación N° 13139.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Proceso No 27319. Sentencia del 6 de Septiembre de 2007. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Proceso N.° 33173. Sentencia del 7 de Abril de 2010. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 7 de Noviembre de 1950.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 21 de Febrero de 1958.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia de 20 de Mayo de 1986.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 21 de Noviembre de 1989.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 15 de Marzo de 1993.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 17 de Marzo de 1994.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 18 de Febrero de 1998. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 24 de Enero de 2007. Radicación No. 22412.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 7 de Marzo de 2007. Radicación No. 24793.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 6 de Septiembre de 2007. Radicación No. 23719.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Sentencia del 17 de Septiembre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.