

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



**LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN
FRAUDULENTA**

**CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL ECONÓMICO
(CICLO II-2020)**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:
ELIZABETH MARGARITA VALENCIA CHACÓN**

**DOCENTE ASESORA:
LICDA. LILI VERÓNICA GARCÍA ERAZO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2021

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. ¿Qué se espera del administrador de un patrimonio ajeno?	2
2. Aplicación de la teoría del delito en el delito de administración fraudulenta	4
2.1. Acción típica	4
2.2. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad	5
2.3. Bien jurídico protegido	7
2.4. Sujetos dentro del delito	8
2.4.1. El actuar en nombre de otro	9
3. La teoría de la oportunidad en el delito de administración fraudulenta	10
CONCLUSIONES	16
BIBLIOGRAFÍA	17

LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD EN EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

RESUMEN

El presente ensayo tiene por objeto estudiar el delito de la administración fraudulenta, desde sus generalidades y regulación en el código penal, el análisis enmarcado en la teoría del delito que refiere a la acción típica, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, el bien jurídico protegido, los sujetos dentro del delito; así como también el estudio relativo a la teoría de la oportunidad de Cohen y Felson, específicamente sobre los factores espacio-tiempo, que influyen para que el administrador, realice acciones u omisiones afectando el patrimonio ajeno, abusando de sus funciones, y como factor: la falta de mecanismos, eficientes de control de las funciones del administrador, y la diligencia en el control.

INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva criminológica, las oportunidades que se le presentan a una persona, son las que pueden determinar que cometa un hecho punible. Indicando, que las oportunidades juegan un papel importante en la sociedad, y que de acuerdo a lo expresado por Cohen y Felson, en la teoría de la oportunidad, demuestran que el entorno o situaciones que se le presentan al autor, son las que dan cabida, para que, unido a las inclinaciones delictivas de una persona está delinca. Siendo así que la teoría de la oportunidad o de las actividades rutinarias, denomina a estas, como oportunidades delictivas, y que no únicamente se dan en los delitos comunes, sino también en los especiales, como lo son los delitos económicos; por ello, se ha enfocado esta investigación al estudio de esa teoría, en relación al delito económico de administración fraudulenta, tal como se regula en el artículo 218 del código penal vigente.

Siendo que, en el presente ensayo, se mostrará que en el delito de administración fraudulenta, al administrador o encargado de un patrimonio ajeno, se le presentan oportunidades, que le ofrecen muchas veces un beneficio, ya sea por acciones u omisiones en el ejercicio de las

funciones asignadas, pero que tiene como resultado la afectación al patrimonio que se le ha confiado.

1. ¿Qué se espera del administrador de un patrimonio ajeno?

En primer lugar, se establece que el cuidado o manejo de bienes ajenos, puede ser el resultado de un acuerdo entre dos partes, uno titular del patrimonio, que confía a un segundo el cuidado y administración. Según lo dispuesto en el artículo 1875 del código civil, la figura del mandato civil refiere que *“El mandato es un contrato en que 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”*.¹

En este, intervienen dos sujetos, el mandante, quien encarga un negocio jurídico a otro, o de su patrimonio para que sea administrado, y el mandatario, quien acepta el encargo, o el administrar el patrimonio ajeno. El titular del patrimonio espera que el mandatario, cuide y administre el patrimonio o negocio jurídico confiado, como si fuera su propio negocio; inclusive el artículo 42 del código civil regula los niveles de culpa, en los que cae una persona, que maneja de forma negligente un negocio ajeno, el cual se le confió.

Por lo tanto, al tomar esta figura civil, la confianza como base de la contratación, la que el mandante otorga al mandatario, tiene como resultado obligaciones, de las cuales, si no se cumplen, traen como consecuencias la responsabilidad civil y penal.

Ahora bien, al tenor de lo señalado en el artículo 218 del Código Penal, el delito de administración fraudulenta, se refiere a: *“Él que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, aumentando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, será sancionado con prisión de tres a cinco años”*.²

“Este delito se caracteriza, porque el titular del patrimonio, concede similares poderes al administrador, para que pueda en su nombre realizar negocios jurídicos con terceros, y por lo tanto proteja este patrimonio ajeno. En el delito de administración fraudulenta, o desleal

¹ Código civil de El Salvador (El Salvador: Centro de Documentación judicial, Corte Suprema de Justicia, de El Salvador, 1859)

² Código penal de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997)

según la doctrina, existen tres puntos importantes a destacar que son: el autor es un garante del bien jurídico que lesiona; que como consecuencia de sus facultades y de ser considerado un enemigo interno, el patrimonio se encuentra indefenso ante él, y para que el delito pueda ser identificado, el autor debe exceder o abusar de los poderes concedidos”.³

Por su parte, la Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia bajo la referencia número 127-CAS-2005, pronunciada a las quince horas y cuarenta minutos del día veintinueve de mayo del año dos mil siete, expresó que: “El delito de Administración Fraudulenta contempla una gama de conductas típicas, que tienen en común el abuso por parte del sujeto activo de las funciones propias de su cargo, que le imponen un especial deber de cuidado patrimonial de los bienes del sujeto pasivo que le han sido confiados”. De acuerdo al texto del Código Penal, el delito se comete mediante las siguientes conductas: alterando las cuentas en lo relativo a los precios o a las condiciones de los contratos, suponiendo o aumentando operaciones o gastos, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente.

Por ende, se trata de un delito de resultado lesivo al requerirse expresamente perjuicio para el titular del bien jurídico lesionado, de ahí que el agravio deberá ser de orden patrimonial, puede ser realizado mediante acciones u omisiones, siendo susceptible de catalogarse como delito especial propio, debido a que la ley exige que el sujeto activo posea la calidad especial, de tener a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos en interés del titular de éstos. El tipo subjetivo requiere el conocimiento y la voluntad de la realización de la conducta descrita en el tipo objetivo, por cuanto su estructura admite un comportamiento doloso únicamente.

Se pueden destacar aspectos a considerar en este tipo de delito como los siguientes: i) existe un abuso de funciones, por parte del sujeto activo (administrador); ii) que la buena fe de las partes es quebrantada; iii) que en razón a que las acciones abusivas realizadas por el administrador, provocan un perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo, es considerada esta figura como un delito de resultado.

Conocido el concepto del delito, y partiendo de la teoría del delito, resulta factible identificar las particularidades del tipo penal en estudio.

³ Norberto J. De la Mata Barranco *et al*, *Derecho penal económico y de la empresa* (Madrid: Dykinson Editorial, 2018), 250-251.

2. Aplicación de la teoría del delito en el delito de administración fraudulenta

2.1. Acción típica

La acción o conducta típica, es la descripción de una acción u omisión, dentro del presupuesto jurídico, de una norma penal; por lo que podemos identificarla desde el incumplimiento de las funciones del administrador, con acciones y omisiones, establecidas en el artículo 218 Código penal, en relación al artículo 19 del mismo cuerpo legal; el cual nos brinda un listado de conductas que pueden perjudicar el patrimonio ajeno: i) Alterar en las cuentas los precios o condiciones de los contratos; ii) Suponer operaciones o gastos; iii) aumentar los precios de los gastos; y iv) ocultar o retener valores.

La doctrina española, considera que la acción típica de este delito, es compleja, en el sentido que un administrador puede tener diferentes funciones, que le son asignadas dependiendo del contrato o negocio jurídico, que establezca con el titular del patrimonio que se le confía; eso quiere decir que, para verificar el delito de administración fraudulenta, se puede dar también por funciones otorgadas en el contrato celebrado con el titular del patrimonio.

Según doctrinarios, el delito también se puede dar por omisiones de funciones, por perjuicio al patrimonio, demostrando la complejidad del delito de administración fraudulenta. Por ejemplo, NIETO MARTÍN, brinda dos ejemplos de omisiones que pueden causar perjuicio, en el caso que el sujeto activo sea el administrador de una sociedad mercantil: “desaprovechar una posibilidad cierta de incrementar el patrimonio que administra o gestiona” y “no evitar una lesión al patrimonio administrado”; y otros casos de comisión por omisión, que traen perjuicio al patrimonio confiado pueden ser: “el caso de que mediante el silencio se permita la prórroga de un contrato que resulta, debido al cambio de circunstancias, altamente desventajoso para la sociedad” o el caso del “administrador que deja transcurrir el plazo que tenía la sociedad para satisfacer una obligación, generando con ello el deber de indemnizar al acreedor social los daños y perjuicios ocasionados e incrementando la deuda principal en los correspondientes intereses, a costa, todo ello, del patrimonio social”.⁴

⁴ Carlos Martínez-Bujan Pérez, *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno* (Valencia: Tirant lo Blanch Editorial, 2016), 70-79.

En nuestro país, la Sala de lo penal, en la sentencia antes referida, estableció que el delito puede ser realizado mediante acciones u omisiones, por lo que es catalogado como un delito especial propio, así como también demostrando la complejidad del delito.

2.2. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

Para que el comportamiento humano, se considere un hecho delictivo, deben identificarse elementos conforme a la teoría del delito, los cuales son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La tipicidad: “Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito”.⁵ Por tanto, la forma en la que el administrador actúa en su gestión, es la que deberá encajarse al tipo penal. Ya sea por la acción u omisión que cause un perjuicio al patrimonio ajeno.

En el delito de administración fraudulenta la tipicidad, se fundamenta en que la conducta del administrador, rompe con la confianza que el sujeto pasivo, depositó en él, perjudicando el patrimonio que le fue entregado para su cuidado o manejo. Y es ahí donde esa conducta, que rompe con el mandato o las obligaciones como administrador, encaja en el tipo penal, que es la administración fraudulenta.

El juez, analizará si la acción u omisión del administrador, perjudicó o no el patrimonio, y ahí verifica el elemento de la tipicidad (adecuación al tipo penal).

En relación a la antijuridicidad, se tiene que es la acción contraria a la norma, hecha de manera voluntaria, y que carece de justificación.

La cámara de lo penal de la primera sección de Occidente, se refiere a dicho elemento como aquel “cuya esencia es la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción”. En la medida en la que no se dé esa ofensa, no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la

⁵ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso* (Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.,2010), 132-133.

norma y la acción. La ofensa al bien jurídico que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro del mismo”.⁶

Ahora en el delito de administración fraudulenta, para identificar el elemento de la antijuridicidad, se debe verificar que la acción u omisión realizada por el administrador del patrimonio ajeno, afecte el bien jurídico protegido, que es el patrimonio, que el sujeto pasivo confió, para que este lo cuidara o manejara.

Y por último el elemento de la culpabilidad, que “es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena”.⁷

Para que una pena, pueda imponerse a una persona natural, se debe medir su nivel de razonamiento, un nivel de exigibilidad; si esta persona, es capaz de comprender las consecuencias que traerá el actuar contrario a la norma penal. Y así se determina si el sujeto es imputable o inimputable.

Ahora en el supuesto, para determinar si el administrador es culpable, de sus actos u omisiones desleales para con el patrimonio que se le confió, deberá verificarse si este, actuaba con nivel de responsabilidad exigible, comprendía lo que estaba haciendo. El administrador del patrimonio ajeno, debe saber, que una acción u omisión, que salga de las funciones que le fueron delegadas, o su irresponsabilidad en el cuidado o manejo del patrimonio, traerán consecuencias, en este caso penales. El administrador tomará decisiones que no afecten el patrimonio ajeno, porque sabe que de lo contrario, ya la norma penal establece una pena, cuando incumple sus funciones, teniendo la posibilidad de actuar diferente y evitar el perjuicio.

En consecuencia, para que al administrador se le atribuya el delito de administración fraudulenta, deberán identificarse los elementos de la teoría del delito, desde: i) que la acción u omisión realizada, encaje en el supuesto penal; ii) que el bien jurídico protegido sea perjudicado, en este caso el patrimonio de una persona natural o jurídica; y por último que el administrador sea capaz de medir las consecuencias jurídicas, de la forma en realiza la gestión del patrimonio ajeno.

⁶ Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, *Recurso de apelación, Referencia: 05-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

⁷ Oscar Peña González y Frank Almanza Altamirano, *Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso* (Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.,2010), 210.

Desde el estudio con la teoría del delito, y los diferentes elementos dentro del delito de administración fraudulenta, sobresale el principio de legalidad, regulado en el artículo 1 del código penal, el cual nos establece que nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que no esté descrita en la ley penal, por lo tanto un administrador no será penalizado por la simple gestión o una pérdida que pueda sufrir el patrimonio ajeno que maneja, sino que deberán verificarse cada elemento, que la ley y la doctrina ya establecen.

2.3. Bien jurídico protegido

El delito de administración fraudulenta, se encuentra regulado en el título VIII de los delitos relativos al patrimonio, en el capítulo III relativo a las defraudaciones del código penal, por lo tanto, se entiende que este delito es meramente patrimonial.

El mismo artículo 218 C.pn, establece que el administrador está encargado de cuidar bienes ajenos, no obstante, no hace referencia si se trata de un patrimonio individual, o un patrimonio colectivo (de una persona jurídica).

En la doctrina española, este delito es conocido como administración desleal, y el administrador puede perjudicar, tanto un patrimonio individual, en el caso fuera el patrimonio de una persona, o puede perjudicar un patrimonio colectivo, si se tratase del administrador de los bienes de una sociedad mercantil; no obstante, establecen que al tratarse del patrimonio societario, se perjudica de la siguiente forma: el patrimonio social, el patrimonio de los socios y terceros, y perjudica también, el orden socioeconómico, ya que, las sociedades mercantiles, son parte del sistema financiero de cada país.

En fin, siendo que la principal función del administrador es la del cuidado patrimonial, se entenderá que el bien jurídico agraviado, será el patrimonio de una persona natural o persona jurídica de derecho privado.

Ahora bien, antes de seguir avanzando, es necesario advertir, que el desglose que se le ha dado al delito en estudio, no es el orden acostumbrado, ya que el presente ensayo, va enfocado, en el análisis del delito, en relación a la teoría criminológica, conocida como la teoría de la oportunidad. En razón a ello, el apartado de los sujetos en el delito, y la teoría de la oportunidad, irán en orden seguido, para poder ser enlazados, y así cumplir el objetivo del ensayo.

2.4. Sujetos dentro del delito

En cuanto al tipo objetivo, los sujetos dentro del delito de administración fraudulenta, el artículo 218 C.pn., ya establece que el sujeto activo requiere la característica especial, de ser el administrador de los bienes ajenos.

La Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en la sentencia con referencia INC-APEL-150-SC-2018, expresó: “que ya sea de hecho o formal el sujeto activo debe tener la administración de los bienes dados en confianza, por ello, en el artículo 218 CP., se hace referencia a que nuestro legislador requiere como sujeto activo, la persona que cuide y maneje bienes basados en supuestos de una situación de hecho no formalizada y cabrían personas que sin poder de disposición tienen a su cargo la vigilancia, conservación o aplicación de bienes o intereses ajenos, esta diversidad de posiciones doctrinarias se cimentan en la necesidad de evitar que un administrador no designado o cuya designación no satisfaga requisitos formales, escape de la previsión legal por falta de tipo, quedando impunes muchas veces la personas que planifican y ejecutan actos de administración fraudulenta, por un formalismo excesivo al delimitar la calidad de sujeto activo con respecto a este ilícito, situación ajena a nuestro ordenamiento penal, ya que está clara la intención del legislador de considerar punible también la mera administración de facto”.⁸

Asimismo, doctrinarios como Diego-Manuel Luzón Peña y Raquel Roso Cañadillas, establecen que el administrador, de una sociedad mercantil, podía ser, tanto de derecho, como de hecho; sin embargo, en cuanto a un administrador de hecho, existen, dos posturas: i) Restrictiva, defendida por los mercantilistas, y hace referencia a que será de administrador de hecho, el que hubiere sido nombrado, por la junta general, o socios, y se omitiera la inscripción del nombramiento, quedando así de forma irregular; ii) Amplia, defendida por los penalistas, la cual, basta con que la persona ejerza las funciones de administrador, y de forma continua, aunque no haya un nombramiento.⁹

Ahora que ya se ha establecido, que el sujeto activo debe tener como carácter especial, el ser el administrador ya sea de derecho o de hecho, también se debe establecer, que este puede

⁸ Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Recurso de Apelación*, Referencia: INC-APEL-150-SC-2018 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

⁹ Diego-Manuel Luzón Peña y Raquel Roso Cañadillas, “La administración desleal societaria en el Derecho penal español”, *Revista de derecho*, (2013): 199-201, <http://repositorio.uca.edu.ni/id/eprint/837>.

ser administrador del patrimonio de una persona jurídica, como en el caso de una sociedad mercantil, empresa, asociación, o el administrador del patrimonio de una persona natural.

En cuanto al sujeto pasivo, ya el artículo en referencia, nos responde, y será a quien se le genere perjuicio en el patrimonio que fue confiado (titular del patrimonio).

La doctrina establece que el titular del patrimonio, puede ser una persona natural o una persona jurídica (en el caso de una sociedad mercantil). El derecho penal español, regula en su código penal, el delito de administración desleal, y hace referencia que, al tratarse del patrimonio de una sociedad mercantil, existe doble sujeto pasivo: i) la sociedad mercantil; y ii) los socios de la sociedad; eso sin hacer de lado a los terceros (depositantes, cuentas partícipes, etc.).

2.4.1. El actuar en nombre de otro

El artículo 38 C.pn., establece: *“El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare. En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante a lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el Art. 118 de este Código”*.

El artículo, da relevancia a la responsabilidad penal de la persona jurídica, no obstante, en nuestra legislación, el único perseguible penalmente es el ser humano; y la única acción en contra de la persona jurídica, es la responsabilidad civil.

En el delito de administración fraudulenta, para que el mismo sea calificado como tal, el sujeto activo deberá ser el administrador del patrimonio ajeno, independientemente de ser administrador de bienes de una persona jurídica, o una persona natural. No es en nombre de una persona jurídica, que actúa el administrador, como lo expresa el artículo 38, para delinquir; sin embargo, el mismo se puede aplicar, desde la perspectiva, en la que el

administrador sea el que da la orden a otra persona natural, para realizar una acción u omisión, que perjudique específicamente el patrimonio ajeno confiado.

El que ejecutó la orden, no posee la calidad especial, que el tipo penal en estudio requiere, ser administrador del patrimonio ajeno, no obstante, ya el artículo 34 C.pn, establece que será autor mediato, y responderá penalmente, la persona que por medio de un instrumento, cometiere un delito. En este caso, el administrador, no ejecuta la acción u omisión, pero si utiliza, el instrumento para que el daño o perjuicio en el patrimonio ajeno se efectúe (da la orden, y comete el delito por medio de un instrumento).

Analizados, que han sido los elementos del delito de administración fraudulenta, podemos iniciar con el enfoque central, el cual es cómo influyen las oportunidades presentes en un entorno, para que una persona natural cometa un hecho delictivo.

3. La teoría de la oportunidad en el delito de administración fraudulenta

La teoría de la oportunidad, ha sido una de las teorías criminológicas más criticadas, y su formulación inicial se encuentra en un conocido trabajo de COHEN, L.E. y FELSON, M., publicado en 1979: Social Change and crime rate trends: A routine activity approach, para quienes el significativo incremento de las tasas de criminalidad en los últimos lustros de bonanza y bienestar guarda relación directa con la concreta forma de organización espacio-temporal de las actividades sociales en la vida moderna, pues ésta depara más y mejores oportunidades para delinquir.

“Es decir, existiría una significativa interdependencia entre las actividades rutinarias no delictivas y las actividades rutinarias de los propios delincuentes, entre delincuentes y víctimas. La estructura temporal y espacial de las actividades rutinarias legales, el estilo y organización de vida de la sociedad moderna determina las tasas de criminalidad, cuándo y dónde se concentran éstas, e incluso la idoneidad de las víctimas. La teoría de las actividades rutinarias o teoría de la oportunidad, a diferencia de las teorías convencionales criminológicas, estima que no basta con la existencia de un delincuente predispuesto

(«motivado») al delito para que éste llegue a cometerse, si no concurre la oportunidad propicia o situación idónea para que aquel pase a la acción”.¹⁰

“Para COHEN y FELSON, la efectiva comisión de un delito requiere el concurso temporo-espacial de tres factores: un delincuente motivado y con las habilidades necesarias para poner en práctica sus inclinaciones criminales (este sería el único dato que viene ya dado, más difícil de modificar); un objetivo apropiado (persona, cosa, etc.), esto es, valioso y accesible al infractor; y la ausencia de guardianes (policía, vigilantes, medidas de autotutela, etc.) que la protejan y eviten el delito”.¹¹

La teoría de la oportunidad, establece que para que un hecho delictivo sea consumado, se necesita que, a la persona, se le presenten oportunidades, que le faciliten realizar la acción u omisión para delinquir, las cuales se conocerán como oportunidades delictivas.

No obstante, esta teoría desde un inicio ha estado más enfocada, en estudiar las oportunidades para que una persona cometa delitos comunes, como: el robo, el hurto, un homicidio; presentándose, desde la perspectiva, en la que hay una ausencia de vigilante o protector, ante los bienes jurídicos que estas conductas afectan. Sin embargo, esta teoría, no limita las oportunidades delictivas o factores, que se pueden presentar, para el cometimiento de un delito especial, como lo son los delitos económicos, y en este caso, en el delito de administración fraudulenta.

La teoría de la oportunidad, presenta dos factores importantes, que pueden permitir a una persona natural, el cometimiento de un delito: Factor espacial (características del entorno accesibles), y el factor temporal (tiempo). Factores que generan un escenario accesible, para que una persona delinca, sin importar la clase social.

Desde la perspectiva de la teoría de la oportunidad, con el delito de administración fraudulenta, debemos identificar, que, al sujeto activo, se le presentan dos grandes oportunidades: i) Su nombramiento como administrador, o el otorgamiento de sus funciones, accediendo así directamente al patrimonio ajeno ii) y la confianza que el sujeto pasivo ha depositado en el administrador. Las anteriores son oportunidades que un mal administrador,

¹⁰ Antonio García-Pablos de Molina, *Criminología una introducción a sus fundamentos teóricos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 336-337.

¹¹ *Ibíd.* 338.

como el delito lo requiere, aprovecha, para hacer un mal manejo del patrimonio que se le ha confiado, y del cual saca un provecho injusto.

Ahora bien, ¿Qué sucede cuando al sujeto activo, administrador de una sociedad mercantil o de una empresa, aunado a las oportunidades que en razón de su cargo ya se le presentan, no existe una vigilancia constante en sus funciones? y ¿Qué pasaría si el dueño del patrimonio deja pasar un largo lapso de tiempo, sin realizar las requeridas auditorías, o estudios que se requieren, para vigilar su patrimonio y controlar las funciones del administrador?, tendrá como resultado, y en suma a la mente criminal de una persona, que por naturaleza, el humano la tiene, el cometimiento de un delito, ósea la administración fraudulenta del patrimonio ajeno que se le confió.

Los doctrinarios Hirschi y Gottfredson, los cuales se inclinan a la postura de la teoría de la oportunidad, consideran que los agentes de prevención de los delitos, no son las normas jurídicas, ni jueces o policías, sino que lo son, los mismos ciudadanos, las sociedades mercantiles y empresas, a las que se les puede generar un agravio o ser víctimas de un delito; por lo que, estos deben adoptar medidas, o mejorarlas, para proteger sus bienes, y así evitar o reducir el riesgo de un delito en su contra.¹²

Podemos señalar algunos casos jurisprudenciales, los cuales se adaptan al objetivo del presente ensayo, sobre las oportunidades delictivas, en el escenario de un administrador de patrimonio ajeno. Se desarrollarán, sintetizando algunos hechos importantes de sentencias, y así dar a entender, la idea central del presente trabajo.

Por ejemplo, la resolución pronunciada, por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, a las quince horas y treinta cinco minutos del día diecinueve de agosto de dos mil diecinueve, con referencia INC-230-19; en la que a los imputados FVPDH y JJPY, se les atribuyó el delito de administración fraudulenta, regulado en el artículo 218 del código penal, en perjuicio de la Sociedad PLÁSTICOS DIVERSOS, S.A. de C.V., que se abrevia PLASDIVER, S.A. de C.V.; el primer imputado, desempeñando el cargo de Analista de Tesorería y Cartera, y el segundo como jefe de contabilidad. Asimismo, sin dejar de omitir que ambos imputados son hermanos.

¹² Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y a la política criminal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1º edición, 2012), 218.

Esta apelación fue interpuesta, por haberse decretado detención provisional, y la continuación a la fase de instrucción, contra los imputados.

De las entrevistas realizadas a los testigos, los contratos de trabajo de los imputados, pericias y demás informes contables, se verificó, y que, además, fue uno de los motivos de la decisión, lo siguiente:

“(…) La imputada FVPDH recibía diariamente el pago de los clientes de la empresa PLÁSTICOS DIVERSOS, S.A. DE C.V., y simulaba recibir en sus reportes diarios cantidades menores de efectivo poniéndolas como que eran cheques o transferencias bancarias, y se apropiaba de los faltantes de dinero: operaciones que fueron encubiertas por el imputado JJPY, al omitir denunciarlas, y siendo el responsable en ese momento de validar los valores de los pagos hechos en efectivo, validar la veracidad del detalle y total de los valores de los pagos hechos en cheque, depósitos o transferencias bancarias, verificar el saldo de los clientes pagadores, y validar la veracidad de los reportes hechos por la tesorera FVPJ; demostrando de esa manera el perjuicio patrimonial causado a la empresa PLÁSTICOS DIVERSOS, S.A. DE C.V.(…).¹³

De la anterior sentencia, se verificó, que la imputada FVPDH, aprovechó la oportunidad, que el encargado de los estados financieros, y resultados económicos (jefe de contabilidad), era su hermano, esto como el factor espacial, en su entorno, porque no existía el vigilante adecuado del patrimonio, ni el control de las funciones, dado que el hermano al ser el contador, encubría las acciones hechas por la imputada, logrando consumir de esta manera el delito, y abusando de sus funciones ambos imputados, por estar encargados de la administración de la sociedad.

No está demás, mencionar, que la cámara confirmó la resolución impugnada, por existir los suficientes indicios de un hecho delictivo en esa etapa procesal, Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, y así evitar la fuga, Periculum in mora.

Asimismo, otro ejemplo es la sentencia pronunciada, por el Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, a las dieciséis horas con treinta minutos del día quince de mayo de dos mil diecinueve. Con referencia 224-3-2018, en la que el administrador único propietario FGAC, se le atribuyó el delito de administración fraudulenta, quien además es uno de los accionistas

¹³ Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. San Salvador, Apelación, *Referencia:* INC-230-19 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

de la sociedad DRY CLEAN EL SALVADOR, S.A. DE C.V., la cual es la perjudicada (sujeto pasivo), y subsidiariamente el accionista mayoritario de la sociedad WACSA.

En relación a los hechos vertidos por las partes, la parte, expuso lo siguiente:

“(…) Por acuerdo de los accionistas el señor FGAC fue electo Administrador Único Propietario de la Sociedad, debido a que el señor WACSA residía fuera del país.

En el tiempo que el señor WACSA residió fuera del país, solo recibía informes que FGAC le entregaba, regresando a El Salvador en el año dos mil doce. Pero, en el mes enero del año dos mil quince, el auditor externo de la Sociedad, Lic. José Francisco Rivera Rivas pidió una reunión al señor WACSA, uniéndose a esta el señor RFPM, quien se desempeña como Contador de la Sociedad, siendo el motivo de esta para informar al señor WACSA, la manera en la que estaba administrando el señor FGAC, desde el año dos mil once hasta el año dos mil quince, sobre sustracción de fondos de la empresa, como préstamos, los cuales ya ascendían al monto de ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América. Informando que el señor FGAC ordenaba que las sustracciones, se registraron en la contabilidad de la Sociedad, con el objeto de que no se descubrieran, y que de estos eventos ya tenía conocimiento el Auditor Interno, señor CABS y la Gerente General, señora HCML, ambos de la sociedad DRY CLEAN EL SALVADOR, S.A. DE C.V., dedicada al lavado y planchado de vestimenta.¹⁴

El contador de la empresa, el señor RFPM, no encontraba cómo contabilizar las sustracciones de fondos que había hecho el señor FGAC, por lo que se apersonó a este para pedirle instrucciones, y la única respuesta que recibía era que hablara con el Auditor Externo, Lic. Rivera Rivas, porque él ya sabía. A lo que el auditor le instruía que el saldo de la cuenta de Caja de Administración, que era donde registraban temporalmente las sustracciones, lo cargará en cuenta de Inventario o Maquinaria y Equipo, o Anticipo a Proveedores, cuestionando el contador dicha situación, porque de todo debían tener facturas o documentos de respaldo de cada gasto, pero el Lic. Rivera Rivas le decía que no se preocupara que él lo resolvería. No obstante, cada cierto tiempo en el año, los auxiliares del Auditor Externo al realizar su auditoría de rutina cuestionaban esas partidas contables, a lo que el contador le

¹⁴ Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, *Sentencia, Referencia: 224-3-2018* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

explicaba las instrucciones que en su momento recibió, y la razón por la que no se reflejaba esa situación (...).

De la entrevista, realizada al accionista mayoritario, y perjudicado subsidiariamente:

“(...) El señor WACSA, en calidad de víctima y testigo, expresó que es dueño del 62.5% de las acciones de la sociedad perjudicada Dry Clean S.A. de C.V., y que conoce al imputado desde que tenía 6 años. Y que ambos adquirieron las acciones (su persona y el imputado), por lo que celebraron una junta general, y se decidió nombrar al imputado como Administrador Único Propietario y como Suplente a su persona, por períodos de cinco años. El imputado fue Administrador Único desde la Junta General hasta mayo del 2017, durante 21 años fue FGAC el Administrador Único Propietario, y el último periodo para el que fue elegido fue desde el 2010 al 2015 y debido a que no hubo Junta General de Accionistas continuó en funciones hasta mayo del 2017 (...).

En relación a los hechos anteriores se pudo verificar, las oportunidades delictivas que se le presentaron al administrador único propietario de la sociedad: i) La confianza depositada en él (aspecto característico del delito); ii) El largo lapso de tiempo que se mantuvo como administrador, siendo su último periodo reelegido, por no haberse celebrado una junta general de accionistas; iii) los empleados administrativos, seguían las órdenes del administrador, por ser su superior, y uno de los accionistas. Verificando así la ausencia de un vigilante adecuado, que garantizaran la protección del patrimonio de la sociedad, así como el del accionista mayoritario; ¿En qué sentido lo anterior? Los empleados administrativos, recibían órdenes tanto del administrador único, como de uno de los accionistas (en una sola persona, las dos calidades).

No obstante, una de las oportunidades, mejor aprovechadas por el administrador, reflejada en la información dada por las partes, es que, el administrador, con el accionista mayoritario, eran amigos, por lo cual hubo aún una mayor confianza sobre él, y menor control e interés en los reportes, que se le presentaban al accionista mayoritario.

Por consiguiente, la teoría de la oportunidad genera mayores circunstancias delictivas, por lo que no se debe enfocar solo a los delitos comunes, sino que como en los casos prácticos anteriormente señalados, debe analizarse las mismas desde una perspectiva más amplia, dependiendo la naturaleza del delito, como en este caso en concreto los delitos económicos.

La profesora Nuria Pastor Muñoz, en su artículo “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, menciona tres causas de criminalidad de los directivos dentro de una empresa: i) en relación a la estructura de la empresa, cuando esta carece de mecanismos de control eficientes, así como también, cuando hay un anonimato de las decisiones tomadas dentro de la empresa (falta de explicación de las decisiones); ii) subcultura empresarial, relacionada a la falta de valores en los directivos, asimismo a la poca relación o conocimiento de las normas penales, dándose así comportamientos contrarios a la norma dentro de la empresa; iii) la persona directivo, el cual se vincula con este punto la falta de valores. Un aspecto importante es que por el cargo que ostenta, conoce las deficiencias de control dentro de una empresa, facilitando así, una conducta típica, que encaje al delito económico.¹⁵

CONCLUSIONES

De lo anterior, se pudo establecer, que el delito de administración fraudulenta, es un delito complejo. El sujeto activo, debe tener la calidad de administrador del patrimonio ajeno, y además el tipo penal, se puede dar tanto por acciones u omisiones, que causen perjuicio al patrimonio del sujeto pasivo, y que generen un provecho injusto para el administrador.

Finalmente, y siendo uno de los objetivos de este ensayo, el estudio de la teoría de la oportunidad, relativo al delito de la administración fraudulenta; se verificó, las oportunidades que se le presentan al administrador, para que este haga una mala gestión de su cargo, conforme a lo siguiente:

- 1) La confianza depositada en el administrador, es uno de los factores, que el sujeto aprovecha, para sacar un lucro injusto del patrimonio ajeno.
- 2) El factor espacial (entorno accesible), una empresa o una sociedad, el provecho de la estructura organizacional; empleados a su cargo.
- 3) Factor temporal (tiempo), un administrador que lleva años administrando un patrimonio ajeno, puede aprovechar ese lapso de tiempo.

¹⁵ Nuria Pastor Muñoz, “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, n.4 (2006): 4-5, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/122213>

- 4) En relación al factor anterior, y a los medios de control, utilizados para vigilar las funciones del administrador. Medios de control ineficientes, le dan la oportunidad al administrador, de realizar acciones u omisiones, que le generen un provecho injusto, generando perjuicio al dueño del patrimonio (sujeto pasivo).

Por lo tanto, es el dueño del patrimonio, quien debe ser diligente, en el control de las funciones de la persona que nombra como administrador, siendo un buen vigilante de su patrimonio, y evitar o reducir el riesgo de ser víctima de un delito económico. Reduciendo las oportunidades, para que no se aprovechen del patrimonio que confía.

BIBLIOGRAFÍA

Código civil de El Salvador. El Salvador: Centro de Documentación judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1859.

Código penal de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997.

De la Mata Barranco, Norberto J., Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Adán Nieto Martín. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos. *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*. Valencia: Tirant lo Blanch Editorial, 2016.

Peña González, Oscar y Frank Almanza Altamirano. *Teoría del delito: Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L., 2010.

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente. *Recurso de apelación, Referencia: 05-2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro. *Recurso de Apelación, Referencia: INC-APEL-150-SC-2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Hassemer Winfried y Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1º edición, 2012.

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. San Salvador. *Apelación, Referencia: INC-230-19*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador. *Sentencia, Referencia: 224-3-2018*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

Pastor Muñoz, Nuria. “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, n. 4 (2006), <https://bit.ly/3mg5LLL>

Merizalde Avilés, María Lorena. Paraísos fiscales y fraude tributario: un análisis desde la teoría de la oportunidad, (2017), <https://bit.ly/3CXaE2p>

Felson, Marcus y Ronald V. Clarke. La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito, (2008), <https://bit.ly/3y0P9dk>

Cuestas Bran, Adriana Patricia y Ruth Marialila Estrada Parada. “La aplicación de la teoría del abuso del derecho en el contrato de mandato y los efectos jurídicos de los actos realizados por el mandatario”. Tesis de grado. Universidad de El Salvador, 2007. <https://bit.ly/3ycdmxr>

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente: Santa Ana. Apelación, Referencia: 05-2017, 2018. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Arocena, Gustavo A. Administración fraudulenta. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. <https://bit.ly/3j0wdqD>

Luzón Peña, Diego Manuel y Raquel Roso Cañadillas. La administración desleal societaria en el Derecho penal español, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.3 (2010). <https://bit.ly/3k7qQ8s>

Juárez Muñoz, Alberto. “Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta”. *Revista Lex (Lima)*, n.14, 2016.