

FRAUDE POR ADMINISTRACIÓN DESLEAL

RICARDO FLORENTINO GARCÍA CÓRDOBA*

Resumen

Estudio monográfico que aborda las diversas conductas que configuran el delito de fraude por administración desleal, que a decir de su autor, permite al lector distinguir sin ninguna dificultad, las maniobras fraudulentas que integran esta infracción penal, al tenor del artículo 388 del Código Penal Federal, frente a aquellas que fuera del ámbito de una administración legal, podrán ser susceptibles de ser calificadas como delito de robo, de abuso de confianza o de cualquier otra modalidad de fraude, si se carece de la cualidad personal de administrador legal.

En el artículo 388 del Código Penal Federal, se prevé una modalidad de fraude, cuyo objeto de tutela penal, es proteger a cualquier persona cuyo patrimonial es administrado, ya sea total o parcialmente, por otra persona física o jurídica, al castigar:

Al que por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude.

Desde nuestro entender, conforme a la descripción de la conducta típica, aplicando el tipo penal específico, no hay duda de que el legislador se refiere única y exclusivamente a los administradores que tengan, por decisión expresa del titular del patrimonio administrado, de la autoridad competente, o por derivar de la ley,¹ un nombramiento formal que le desig-

* Abogado

¹ "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código" (artículo 425 del Código Civil Federal).

ne y habilite legalmente para administrar o cuidar bienes ajenos, con mayor precisión, a los administradores legales, como los albaceas, tutores, conciliadores y síndicos en el procedimiento de concursos mercantiles, liquidadores de una sociedad disuelta, administradores de los bienes del ausente, a los padres que ejercen la patria potestad y administran los bienes que pertenecen a sus hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados, administradores tanto de personas físicas como jurídicas, como las asociaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, etcétera.

Cualidad personal de administrador legal requerida en el tipo, que nos permite apreciar y delimitar sin ninguna dificultad, las conductas típicas que configuran el delito de fraude por administración desleal, frente a aquellas que fuera del ámbito de una administración legal, son susceptibles de ser calificadas como delito de robo, de abuso de confianza o de cualquier otra modalidad de fraude.²

Así, por ejemplo, el administrador legal que abusando de sus facultades de administración, perjudica la integridad del patrimonio ajeno por él administrado, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realiza operaciones perjudiciales al patrimonio de su titular en beneficio propio o de un tercero, será responsable penalmente como autor de

² ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). En términos del artículo 173 del Código Penal del Estado de Guerrero, comete el delito de administración fraudulenta, "Al que teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, por cualquier motivo y con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos alterando las cuentas o condiciones de contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, se le impondrán las penas previstas para el delito de fraude". De tal modo, no se integra el ilícito en cuestión si el activo desempeñaba el cargo de auxiliar de contabilidad, pues sus funciones únicamente eran de apoyo, ya que éste debe tener a su cargo la delegación de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos; es decir que tenga la obligación previamente aceptada, de gobernar, regir y cuidar con probidad, intereses privados patrimoniales ajenos, y esto es necesario tomando en cuenta que la existencia del delito surge precisamente del exceso de atribuciones en que incurre el administrador o cuidador de esos bienes, pues de él dependen directamente la iniciativa y discrecionalidad para la administración de los intereses patrimoniales ajenos, y la comisión del acto punible representa el abuso de su posición o la violación de sus propios deberes, ocasionando daños a esos intereses a través de cualquiera de las formas que previene el tipo penal del antijurídico; de lo anterior se sigue que, el delito es propio o especial, y sólo puede ser cometido por aquella persona que ha asumido una cualidad jurídica, de administrar bienes o cuidar de ellos, debiendo entenderse que su posición frente a los intereses ajenos no es de mero detentador, sino que su función es más amplia y de su gestión, decisión y determinación, dependen los movimientos de los bienes objeto de administración o cuidado. (No. Registro: 202,856; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*; tomo: III, marzo de 1996; Tesis: XXI.1o.7 P; página: 872).

fraude por administración desleal, pero no de otro delito, porque siguiendo el principio de especialidad, es evidente que el fraude por administración desleal es más específico como tipo delictivo que el robo, el abuso de confianza o cualquier otra modalidad de fraude.

Visto a la inversa, cuando una persona, sin tener la cualidad personal de administrador legal,³ es decir, no habilitado por nombramiento alguno, perjudica la integridad de un patrimonio ajeno, empleando alguna o algunas de las maniobras fraudulentas descritas en el tipo de fraude por administración desleal, no será responsable penalmente de dicho fraude, lo será de otro tipo penal, pero no de fraude por administración desleal, desde luego, supuesto distinto será, si la persona que no tiene dicha cualidad personal, se constituyó en cómplice del administrador legal, por la concurrencia de tal administrador, responderá penalmente por el delito de fraude por administración desleal, bajo la forma de autor, coautor o partícipe, conforme al artículo 13 del Código Penal Federal.⁴

Como es notorio, en el ámbito del Derecho Penal, la responsabilidad penal se atribuye a quien despliega de una manera efectiva el comportamiento delictivo, de ahí que, imputar la comisión del delito de fraude por administración desleal, al administrador único o unipersonales, no representa ningún problema, pues es obvio, que desempeñan su cargo con autonomía y bajo su propia responsabilidad, pero, cuando la administración elegida fue la mancomunada o conjunta, y por lo tanto, colegiada o

³ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA NO CONFIGURADA. AUSENCIA DE DELEGACIÓN PARCIAL DE FACULTADES PARA EL MANEJO, CUIDADO O ADMINISTRACIÓN DE BIENES AJENOS. La delegación parcial de facultades para el manejo, cuidado o administración de bienes ajenos, constituye uno de los elementos esenciales integradores del delito de administración fraudulenta previsto por el artículo 396 del Código Penal para el Estado de Nuevo León. Dicho elemento no se materializa con un poder para pleitos y cobranzas que, atento a su naturaleza jurídica, sólo autoriza al apoderado a ejercer ese tipo de actos, pues en manera alguna tiene el alcance de delegar facultades para manejar, cuidar o administrar bienes del poderdante; y lo mismo sucede si en un mandato se autoriza al mandatario para que en nombre y representación del mandante celebre contratos de compraventa de materias primas, porque a través de ese acto jurídico no se le está confiriendo ninguna facultad relacionada con el manejo, cuidado o administración de bienes, en tanto el mandato se limita a la celebración de contratos. (No. Registro: 215,229; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo: XII, agosto de 1993; Tesis: página: 325).

⁴ Son autores o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que los realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y VIII. los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código.

solidaria, por su composición, no ocurre lo mismo, ya que, si se atiende exclusivamente a la condición formal de miembro de una administración colegiada, podría pensarse que todos sus integrantes son autores del delito, sin embargo, conforme a los principios generales del Derecho Penal, sólo responderán penalmente por su propia conducta como autores los administradores legales que hayan participado en cualquiera de las etapas de su ejecución, dado que la responsabilidad penal es individual, sin descartar que, los administradores legales que teniendo conocimiento de su comisión, y sin haber participado en los hechos reputados como delictuosos, no los denuncian, responden como encubridores por el cargo que desempeñan.⁵

Lo anterior explica que no pueda negarse que, el sujeto activo en esta figura de fraude por administración desleal, debe ser necesariamente aquel administrador legal, que con abuso de las funciones propias de su cargo, dispone del patrimonio administrado, empleando alguna de las maniobras fraudulentas descritas en el artículo 388 del Código Penal Federal, por coherencia, sujeto pasivo de la acción sólo pueden serlo los titulares del patrimonio administrado, considerados individualmente o como conjunto, ya que, como es lógico, si la colectividad sufre un perjuicio económico, entonces sus integrantes también lo han sufrido.

Lo verdaderamente trascendente es que, en esta figura de fraude por administración desleal, sin el menor lugar a dudas, en primer lugar, se protege la integridad de los derechos de contenido patrimonial de cada uno de los titulares del patrimonio administrado, cualquiera que sea el nombre que se les dé (copropietarios, coherederos, socios, etcétera), y en segundo lugar, el patrimonio de la colectividad, cualquiera que sea la denominación que se le dé (copropiedad, sucesión, sociedad, etcétera), de esta manera se comete el delito de fraude por administración desleal, cuando se perjudique, indistintamente, a la colectividad o,⁶ a todos o alguno de sus integrantes en su patrimonio.

⁵ PERSONAS MORALES, RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS REPRESENTANTES DE LAS. No puede admitirse que carezcan de responsabilidad quienes actúan a nombre de las personas morales, pues de aceptarse tal argumento los delitos que llegaran a cometer los sujetos que ocupan los puestos de los diversos órganos de las personas morales, quedarían impunes, ya que las sanciones deberían ser para la persona moral, lo cual es un absurdo lógico y jurídicamente hablando, pues las personas morales carecen de voluntad propia y no es sino a través de las personas físicas como actúan. Es por esto que los directores, gerentes, administradores y demás representantes de las sociedades, responden en lo personal de los hechos delictuosos que cometan en nombre propio o bajo el amparo de la representación corporativa. (No. Registro: 204,084; Tesis aislada; Materia (s): Penal; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*; tomo: II, octubre de 1995; Tesis: VI.2o.28 P; página: 594).

⁶ COMETEN DELITO DE ROBO LOS SOCIOS QUE SE APODERAN CON ÁNIMO DE DOMINIO DE TODO O PARTE DE LOS BIENES DE LA PERSONA SOCIAL. El artículo 2º. de la Ley de Sociedades Mercantiles, explícitamente declara que las sociedades mercantiles, regulares o irregula-

Aclarando lo anterior, cuando el patrimonio administrado, pertenece a dos o más personas en copropiedad⁷ (hipótesis más usual), al margen de su número, no puede ignorarse, que en la copropiedad, el derecho de propiedad se convierte o transforma en tantos derechos de propiedad como copropietarios sobre la totalidad del mismo objeto, de tal forma, que cada uno de esos copropietarios ejerce su derecho de propiedad pleno sobre la cuota que le corresponde, igual al derecho de propiedad exclusivo.⁸

De este modo, como regla general, desde un punto de vista de justicia material, cualquier copropietario agraviado por la conducta típica,⁹ como titular del derecho patrimonial afectado, en lo individual, sin que previamente se liquide y divida la copropiedad,¹⁰ se encuentra legitimado para impugnar los actos fraudulentos que el administrador desleal haya realizado en perjuicio de la integridad de su patrimonio, así como para presentar su formal querrela ante el Ministerio Público, quien excluyendo desde luego a los copropietarios que por un interés propio o ajeno, otorgaron el perdón al administrador desleal, o pudiendo ejercitar su derecho de que-

res, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios, lo que significa que la constitución de la sociedad crea un nuevo sujeto jurídico; la persona social, y como necesaria consecuencia, la formación de un patrimonio propio del nuevo sujeto jurídico, también distinto del de sus socios, que se integra inicialmente con la suma de las aportaciones de éstos. La aportación no otorga a quien la hace, derechos de propiedad sobre el patrimonio de la nueva entidad jurídica en la proporción de su cuota, ni consecuentemente crea nexos de copropiedad sobre dicho patrimonio entre los socios, porque ésta pertenece en exclusiva a la persona moral, y los derechos de los componentes de la sociedad o accionistas frente a la corporación de que son miembros se reducen, en el aspecto económico, a participar en el reparto de utilidades y a obtener una parte del patrimonio resultante al procederse a la liquidación de la sociedad, pero de ninguna manera a apoderarse en todo o en parte, de los bienes de la persona social que, así, le resultan ajenos. (*Anales de Jurisprudencia*, tomo 142, páginas 135 y 136).

⁷ El Código Civil Federal en su artículo 938 dispone: "Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas".

⁸ El artículo 950 del Código Civil Federal, nos dice: "Todo condeño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades, pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condeños, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condeños gozan del derecho del tanto".

⁹ En el ámbito del Derecho Penal, el agraviado es aquél que sufre un menoscabo o peligro, según los casos, en sus derechos, en sus intereses o en su patrimonio.

¹⁰ **TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO. PUEDE DEDUCIRLA EL COPROPIETARIO, SIN QUE PREVIAMENTE SE LIQUIDE Y DIVIDA LA COPROPIEDAD.** Si la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, es titular, junto con su marido, como copropietaria de los bienes que fueron afectados en juicio seguido contra éste, ella puede ejercitar la acción de tercería excluyente de dominio para salvar sus respectivos derechos, sin que previamente se liquide la sociedad y se dividan los bienes, puesto que, aun sin la división, ella es dueña de su respectiva parte alícuota sobre los bienes afectados. (No. Registro: 241,038; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Séptima Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo: 109-114 Cuarta Parte; Tesis: ; página: 163; Genealogía: Informe 1978, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 141, página 104).

rellarse, se abstuvieron, porque prefirieron silenciarlo,¹¹ por mandato del artículo 21 constitucional, deberá iniciar la averiguación o investigación de los hechos denunciados, y en su caso, consignar o sea ejercitar la acción penal en contra del administrador desleal, por la cuota o parte que pertenece en exclusiva a los querellantes, *verbigracia*, el veinticinco por ciento, el cincuenta por ciento, etcétera,¹² sin que sea necesaria, para satisfacer dicho requisito previo de procedibilidad que exige el artículo 16 constitucional, la actuación conjunta de todos o de quien tenga legítimamente la representación de los comuneros o de la persona jurídica,¹³ sostener lo

¹¹ “La querrela, tal como la concibe el sistema mexicano, no tiene más significación que la que ha definido Manzini diciendo que “el titular del derecho de querrela sólo puede determinar la no punibilidad del hecho e impedir el procedimiento (no querrellándose) o hacer hipotéticamente punible y perseguible ese mismo hecho (querrellándose)”; pero no puede exigir que a consecuencia de su querrela se inicie sin más el procedimiento penal”. ...En efecto, el titular de la querrela puede a su elección y por sus especiales valoraciones satisfacer el requisito de la formulación de ella o abstenerse; en el primer caso habrá la posibilidad de que el titular de la acción persecutoria llegue a integrar los elementos legales necesarios para su ejercicio y en el segundo habrá imposibilidad legal de investigar”. Vela Treviño, Sergio, *La prescripción en materia penal*, Editorial Trillas, S. A. DE C.V., Quinta Reimpresión, mayo 2000, p. 367.

¹² AMPARO PEDIDO POR EL COPROPIETARIO DE UN INMUEBLE EMBARGADO. CUANDO PROCEDA LA CONCESIÓN DEL, DEBE REFERIRSE, SOLAMENTE, A LA PARTE INDIVISA QUE A ÉL CORRESPONDA. En la copropiedad de una cosa indivisible la parte de cada uno de los dueños no es una fracción material, sino una parte proporcional que se expresa mediante una cifra o porcentaje; es decir, que el derecho de propiedad es el que está dividido entre ellos, no la cosa en sí que permanece indivisa; por tanto, el derecho de cada uno de los dueños, aunque se ejerce sobre la totalidad de la cosa, lo es en la medida que le corresponde, y no sobre una superficie determinada. En esa virtud, el juez constitucional, al conceder el amparo impetrado por uno de los copropietarios del bien inmueble embargado, no debe declarar insubsistente la totalidad de la traba real, habida cuenta de que la parte quejosa ciertamente se encuentra legitimada para reclamar la afectación de su derecho de propiedad, en el porcentaje que le corresponde, pero no para hacerlo sobre la totalidad del bien, toda vez que la medida precautoria debe seguir garantizando las obligaciones que se reclaman al copropietario demandado en el juicio natural. No. Registro: 210,373; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo: XIV, septiembre de 1994; Tesis: III. 2o. C. 415 C; página: 258).

¹³ MARCAS. COTITULARIDAD DE LAS. SU AFECTACIÓN POR UN ACTO DE AUTORIDAD PUEDE RECLAMARSE POR TODOS LOS COTITULARES, POR UNA PARTE DE ELLOS O POR UNO SOLO. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4o. de la Ley de Amparo el juicio que ésta regula únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclama, por lo que la acción constitucional en defensa de un bien que pertenece proindiviso a varias personas, puede ser ejercida por una, o varias o todas éstas, en virtud de que el derecho de defensa que ese precepto contiene es inherente a la persona y le faculta para oponer su acción a los actos de autoridad que considere lesivos a sus intereses, porque la referida ley no condiciona, tratándose de cotitulares, a que todos o la mayoría de ellos promuevan el juicio, ya que el derecho de defensa de cada uno de los cotitulares respecto de sus intereses sobre la marca registrada, no se encuentra sometido al consenso de todos ellos. Estas razones, motivan a interrumpir la jurisprudencia establecida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página novecientos veintituno, Segunda Parte, del Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*, mil novecientos diecisiete a mil novecientos ochenta y ocho, cuyo rubro es: “COPROPIETARIOS. PERSONALIDAD PARA PROMOVER AMPARO EN CONTRA DE LA AFECTACIÓN DEL BIEN COMÚN AGRARIO”. (No.

contrario, daría o podría dar lugar a situaciones de verdadera impunidad, en aquellos supuestos en los cuales el penalmente responsable es precisamente el administrador legal, o, el legítimo representante o alguno de los condueños, y en los casos de copropietarios, coherederos o socios mal avenidos, que no suelen ser pocos los casos, en todo caso, se fomentaría la impunidad en la comisión de cualquier delito patrimonial.

Cabe aclarar que, en todo caso, la determinación resultante de la cuantía del perjuicio económico causado al patrimonio administrado, no debe valorarse sobre la base de una operación aislada, si no debe tenerse teniendo en cuenta el conjunto de todas las gestiones y operaciones realizadas por el administrador legal sobre el patrimonio administrado, porque de esta manera se podrá establecer de forma explícita y con claridad, si la operación considerada de forma aislada, deberá reputarse como fraudulenta o por su origen estratégico está destinada a reportar ventajas fiscales, por ejemplo, al elegir como opción terminal en el contrato de arrendamiento financiero, se opta por participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero, en un precio casi siempre simbólico, en las proporciones y términos que se convengan en el contrato.

Si los titulares del patrimonio dado a un tercero en administración son ausentes e ignorados, o, son incapaces, por su minoría de edad¹⁴ o por encontrarse sujetos a tutela, habremos de indagar caso por caso, observando las reglas de la legislación civil, ¿cuál es la persona idónea para suplir su ineptitud para presentar la querella?, tanto en aquellos casos en los que el responsable penal es precisamente aquél que tiene la administración legal de su patrimonio o su representación legal o voluntaria (patria potestad o tutela), o ambas (administración y representación),¹⁵ como en los restantes casos, por ejemplo, cuando quien debiera hacerlo no lo hacen, ¿quién o quiénes deben sustituirlo o remplazarlo?

Admitido todo lo anterior, como razonablemente no puede ser de otra manera, resulta obvio que, el copropietario, coheredero o socio, que apro-

Registro: 206,423; *Jurisprudencia*; Materia(s): Administrativa; Octava Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; tomo: 56, agosto de 1992; Tesis: 2a./J. 5/92; página: 17).

¹⁴ El artículo 115 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone: "Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querella se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

¹⁵ MENORES, PROTECCIÓN AL PATRIMONIO DE LOS. Existe la necesidad de proteger el patrimonio de los menores de edad contra malos manejos de representantes legítimos que realizando actos en fraude de la ley, lograrían despojarlos de sus propiedades. (No. Registro: 385,123; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Quinta Época; Instancia: Sala Auxiliar; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo: CXX; Tesis: página: 527).

vechándose de su posición de administrador legal, en beneficio propio o de un tercero, se apodera o dispone fraudulentamente, en todo o en parte, de la cosa común, del caudal hereditario,¹⁶ o del capital social,¹⁷ por la coexistencia de los restantes copropietarios, coherederos o socios, comete fraude por administración desleal, pues es innegable, que, carece de legitimidad para disponer de la parte que sobre el patrimonio común legítimamente pertenece en exclusiva a los demás copropietarios, coherederos o socios, ya que, el patrimonio común le es ajeno en todo lo que sobrepase la parte o cuota que le corresponde.

Aunque a veces se diga lo contrario, en mi opinión y con el máximo respeto por quienes piensen lo contrario, de acuerdo con el criterio que se viene defendiendo, como una consecuencia lógica, si se quiere que los tipos penales de índole patrimonial cumplan su objetivo, diríamos lo siguiente, no puede haber más precisión que ésta: el copropietario, coheredero o socio, que sin la debida autorización o contra la voluntad de su titular, sustrae u ocupa, en todo o en parte, el patrimonio que pertenece en exclusiva a los restantes copropietarios, coherederos o socios, comete sin duda, algún delito de índole patrimonial (robo, abuso de confianza, fraude, despojo o daño en propiedad ajena), ya que tanto en el ámbito del derecho civil como penal, está adueñándose de una parte que no le pertenece, es decir, que le es ajena, por ser legítimamente propiedad de otra u otras personas.

Vistas así las cosas, este planteamiento es el que mejor se adecua, a nuestro juicio, a la letra del tipo penal que se analiza y el que debe prosperar y adquirir firmeza en nuestro derecho, para que cualquier condueño agraviado, en lo individual, antes de que se proceda a la liquidación y división de la cosa común, tenga la facultad de ejercitar aislada y plenamente el derecho que le corresponde de querellarse contra aquél que cometió el fraude y perjudicó sus derechos patrimoniales, así como el encanto que siempre produce la posibilidad, supuesta o real, de poder recuperar el patrimonio lesionado por el administrador desleal, bajo tal postura, sobre

¹⁶ El patrimonio de la persona fallecida, después de su muerte, se transforma en su herencia, la cual se distribuye entre sus herederos y legatarios. El caudal o masa hereditaria es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de una persona. Cuando son varias las personas que concurren como herederos a la sucesión, cada uno de los coherederos desde el momento de la muerte del autor de la sucesión, es propietario exclusivo de la porción que sobre la masa hereditaria le fijó el autor de la herencia, si se trata de sucesión testamentaria, o la ley, si se trata de una sucesión intestada o legítima.

¹⁷ El capital social representa el valor de las aportaciones de los socios a la sociedad, éste se divide en acciones. Las acciones representan simbólicamente las aportaciones patrimoniales de los socios a la sociedad y por ello son partes del capital social, por lo que, cada socio es propietario exclusivo del valor de sus acciones.

todo, se frena la posibilidad de que, cualquier condueño o cotitular, con un propósito de enriquecimiento ilícito, personal o de un tercero, impunemente pueda realizar acciones de dominio o de disposición patrimonial que disminuyan negativamente o pongan en situación de peligro el patrimonio de los demás copropietarios, coherederos o socios.¹⁸

Como es evidente y el solo repetirlo parece ocioso o inútil, sostener una postura contraria, por cualquier camino que se siga, nos parece realmente absurdo e irrisorio, porque no hay razón legal o lógica alguna, para adherirse a aquellas corrientes de opinión que consideran que: respecto del bien común, entre condueños, no se dan los elementos “cosa ajena” y “sin derecho”, necesarios para la configuración de la gran mayoría de los delitos de índole patrimonial, que los copropietarios, coherederos o socios, de la cosa común, del caudal hereditario o del capital social, carecen de legitimación para presentar por su cuenta su querrela contra aquél que perjudicó la integridad de sus derechos patrimoniales, ya que, semejantes criterios mutilan o recortan drásticamente la eficacia y operatividad de la mayoría de los delitos que tutelan el patrimonio de las personas, convirtiéndolos, en letra muerta, sin aplicación práctica alguna, dicho de otra manera, en estos casos en lugar de cerrar una área de impunidad, totalmente insostenible, crean una puerta de escape tan expedita y libre que todos o casi todos los cotitulares, que perjudiquen el patrimonio de los restantes condueños, estarían exentos de responsabilidad penal por la comisión de algún delito de contenido patrimonial, como el que se analiza.

Y desde luego hay que advertir que, no sorprenderá a nadie que tal postura no sea compartida de manera mayoritaria ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, aún más, en algunos casos se encuentra en franca contradicción, lo que no implica de manera alguna variación a la postura que desde el inicio de nuestro estudio salimos resueltos a sostener y defender.

Con apoyo al criterio que sostenemos, aun cuando se haga expresa referencia a los derechos de los herederos y al delito de robo, las siguientes ejecutorias son correctas y aplicables en estos casos, dicen así:

¹⁸ El ilustre maestro Sergio Vela Treviño, con su habitual elegancia y perspicacia, al ocuparse de la reforma penal de 1984, escribe: “En cuanto a los delitos de contenido patrimonial, se ha recogido la experiencia de otros países y estados de nuestra república, para crear el tipo de administración fraudulenta, que antes representaba una lamentable omisión de nuestros legisladores; ahora, en el artículo 388, tenemos ya la figura por la que se sancionará a quien administre bienes ajenos o los cuide y perjudique al titular de los derechos, por medio de alteraciones, simulaciones, ocultaciones o retenciones de valores, incluyendo su empleo indebido. Nos parece perfectamente aceptable esta nueva tipificación, que ayudará a resolver casos concretos que antes quedaban fuera de la esfera penal, a pesar de su evidente contenido doloso y altamente dañino para el patrimonio de las personas”. Vela Treviño, Sergio, *Miscelánea Penal*, Editorial Trillas, S.A., primera reimpresión, junio, 1995, México, D.F., p. 232.

ALBACEAS, REMOCIÓN DE LOS. La resolución judicial que niega la remoción del albacea, no coarta los derechos de los herederos para ejercer, en su caso, el albaceazgo, ni para exigir al albacea en funciones, las cuentas de su gestión, ni les impide denunciar los actos que el mismo albacea pudiere haber cometido en fraude de los intereses de los herederos o tomar las providencias necesarias para tratar de que no desaparezcan los bienes sucesorios o disminuya su importe haciendo uso de los medios que la ley pone a su alcance. (No. Registro: 352,263; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Quinta Época; Instancia: Cuarta Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; tomo: LXXII; Tesis: página: 307).

ROBO ENTRE CÓNYUGES. PARA QUE PROCEDA LA QUERRELLA NO ES NECESARIO QUE SE HAYAN DIVORCIADO O SE HAYA LIQUIDADADO LA SOCIEDAD CONYUGAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Para que proceda la querrela por el delito de robo contra uno de los cónyuges no es necesario que previamente se hayan divorciado o liquidado la sociedad conyugal, en razón que tal hipótesis no está prevista en el artículo 318 del Código Penal para el Estado de Chiapas.¹⁹ (No. Registro: 224,196; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; tomo: VII, enero de 1991; Tesis: página: 453).

ROBO ENTRE CÓNYUGES. SU CONFIGURACIÓN NO LA IMPIDE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Siendo que para la configuración del delito de robo es menester que la cosa objeto del mismo se encuentre en poder de persona distinta a la del agente y en el caso a estudio es claro que los muebles objeto del ilícito al momento de su ejecución, eran detentados por la sociedad conyugal, de ello se sigue que el citado delito se consumó en el momento en que el recurrente puso los bienes bajo su exclusivo control; considerando además de que el artículo 388 del vigente Código Penal del Estado de Sinaloa, presupone responsabilidad criminal en el robo entre cónyuges, previa petición del agraviado; sin que sea óbice para estimar demostrados el cuerpo del delito y la consiguiente responsabilidad penal del acusado el que éste y la ofendida sostengan una relación matrimonial bajo el régimen de sociedad conyugal y que por ende hicieron vida común durante varios años, puesto que en la causa quedó demostrado que los objetos del ilícito pertenecían a la sociedad conyugal y que de los mismos se apoderó el recurrente sin consentimiento de quien podía disponer de ellos, ya que para ello requería la autorización de su cónyuge. (No. Registro: 247,300; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Séptima Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; tomo: 217-228 Sexta Parte; Tesis: página: 579; Genea-

¹⁹ Hoy. Artículo 186. "El robo sólo se perseguirá por querrela del sujeto pasivo, cuando sea cometido por parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado o parientes por afinidad hasta el segundo grado, o sea realizado entre cónyuges.

logía: Informe 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 13, página 697).

En franca contradicción tenemos las siguientes opiniones de autoridades judiciales:²⁰

ROBO. INEXISTENCIA DEL DELITO DE. TRATÁNDOSE DE COPROPIETARIOS. No se configura el delito de robo previsto y sancionado en los artículos 399 y 403 del Código Penal del Estado de Tamaulipas, tratándose de copropietarios, toda vez que, por su carácter tienen derechos de propiedad sobre una parte alicuota de los bienes materia del ilícito, y por ende, no se dan los elementos “cosa ajena” y “sin derecho”, necesarios para su configuración. (No. Registro: 204,133; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: II, octubre de 1995; Tesis: XIX.2o.5 P; página: 626).

ROBO. SOCIEDAD CONYUGAL. No existe cuando la sustracción la realiza uno de los miembros de la sociedad conyugal aún no disuelta (Anales de Jurisprudencia, tomo 121, página 235).

QUERRELLA DE UNA SOCIEDAD CONTRA SUS ADMINISTRADORES, SÓLO PUEDE FORMULARLA EL AUTORIZADO EXPRESAMENTE PARA ELLO POR ACUERDO DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. De la interpretación armónica de los artículos 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 15, fracción II, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Quintana Roo, se desprende que tratándose de una sociedad, para formular querrela contra sus administradores a fin de exigirles responsabilidad, sólo puede hacerlo mediante acuerdo tomado en asamblea general de accionistas, en que designe la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, atendiendo a que es el órgano supremo de la sociedad y es la que designó a los administradores, cuya conducta en el desempeño de sus funciones, al incurrir en responsabilidad civil o penal, afecta el patrimonio de aquélla; por consiguiente, a sus mismos accionistas corresponde decidir si debe o no procederse legalmente en su contra. (No. Registro: 204,623; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; tomo: II, agosto de 1995; Tesis: XIV.1o.1 P; página: 599).

QUERRELLA NECESARIA DE PERSONAS MORALES. SÓLO PUEDEN FORMULARLA SUS REPRESENTANTES AUTORIZADOS. La institución de la querrela necesaria, como requisito de procedibilidad de determinados delitos, obedece, entre otras razones, a la naturaleza de la infracción penal considerándose que puede ser de trascendencia para el ofendido la iniciación y tramitación de un proceso en contra del o de los autores de

²⁰ Debe señalarse que, estas corrientes de opinión, nos conducen al equívoco de tener que afirmar que si no hay perjuicio, no hay delito, por lo tanto, si no hay delito tampoco hay perjudicado.

aquella, existiendo casos en que puede resultar inconveniente para aquél, la persecución del delito, de modo que cuando el sujeto pasivo del ilícito penal es una persona jurídica, es indispensable que conste fehacientemente que sus integrantes, mediante un acuerdo tomado con base en sus propios estatutos, o en la ley, estuvieron anuentes en la presentación de la querrela, amén de que, según se dijo antes, las personas morales sólo pueden realizar actos jurídicos y ejercer derechos a través de sus legítimos representantes. De aquí que no pueda aceptarse que un socio del ente moral en forma aislada, esté legitimado para querellarse por un delito en que este último es el directamente afectado. (No. Registro: 225,230; Tesis aislada; Materia(s): Penal, Civil; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; tomo: VI, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1990; Tesis: página: 633).

Dicho sea de paso y coloquialmente, para “curarnos en salud”, si la finalidad perseguida por el legislador, es evitar la impunidad de las personas físicas que realizan conductas delictivas que lesionan los derechos patrimoniales de las demás personas, a modo de resumen final, llegamos a la conclusión de que, jurídicamente hablando, no hay nada que objetar a la admisión de la defraudación u otros delitos contra el patrimonio ajeno, como el robo, abuso de confianza, despojo y daño en propiedad ajena es cosa común, por ende, es perfectamente aceptable la postura que tal y como se señaló sostenemos y defendemos en este apartado.

Hacemos la anterior afirmación porque aquellas corrientes de opinión doctrinal y jurisprudencial que con una redacción escueta, se atreven a sostener que: respecto del bien común, entre condueños, no se dan los elementos “cosa ajena” y “sin derecho”, y que los condueños, individualmente, carecen de legitimación para presentar por su cuenta su querrela contra aquél que perjudicó su patrimonio, se han abstenido de responder de forma clara y razonable a las siguientes interrogantes:

Por qué no existe acto de apoderamiento u ocupación de cosa ajena, cuando un condueño sin una justificación jurídica válida que permita el ejercicio de dichos comportamientos, extrae u ocupa, la cuota o parte que es propiedad exclusiva de los restantes cotitulares; por qué el copropietario que ha hecho suya la cuota o parte que pertenece a los demás copropietarios, no está apropiándose de algo sobre lo que carece de todo derecho y pertenece a otro u otros; qué disposición legal faculta a los condueños para negar el derecho de (co) propiedad de los otros propietarios, o les brinda la posibilidad de aumentar o incrementar (disfrutar o disponer) la cuota o parte que les corresponde en su calidad de copropietario, a su antojo a costa de los restantes cotitulares, por qué no existe propiedad exclusiva sobre la parte que integra el patrimonio común antes de su liquidación y división; por qué los condueños o cotitulares de una cosa común,

aisladamente, carecen de la posibilidad para ejercer plenamente su derecho a querellarse contra aquél que perjudicó sus derechos patrimoniales; por qué para satisfacer dicho requisito previo de procedibilidad, es indispensable, que lo haga quien tiene la representación legal de la comunidad o de la persona moral, que concurren todos, o que los demás condueños o cotitulares decidan si debe o no presentar su querrela; etcétera, en qué disposición legal encontramos dichos obstáculos discriminatorios para presentar la querrela, contrarios al principio de igualdad ante la ley.

Lo importante, sin duda, es preguntarles: ¿por qué jurídicamente debiera considerarse impune a efectos penales, el apoderamiento u ocupación que hace uno de los copropietarios en perjuicio de los restantes copropietarios?, ¿qué el patrimonio común no resulta ser ajeno en todo lo que sobrepase la parte o cuota que corresponde al copropietario que la haya sustraído u ocupado?, ¿qué no se causa perjuicio económico a los restantes cotitulares, porque restringen injustificadamente el elenco de legitimados para presentar la querrela?, ¿qué legitimamente el derecho de querellarse no corresponde al titular del interés afectado por la conducta típica?; se han colocado en el extremo opuesto. Como se ve, cúmulo de preguntas, de no fácil encaje y contestación.

Pasando ahora a analizar los elementos constitutivos del delito de fraude por administración desleal, es importante señalar que, la administración y cuidado de bienes ajenos, constituye una modalidad de mandato,²¹ cuyo ejercicio tiene como finalidad realizar gastos de conservación indispensables o mejoras que aumentan el valor de los bienes administrados, y hacer que éstos produzcan los beneficios económicos que normalmente esperara o pretende su propietario, según su naturaleza y destino.²²

Conviene no olvidar que, a los administradores legales durante su ejercicio, se les confieren facultades para actuar con entera libertad en los actos de mera administración, es decir, de simple conservación y productividad de los bienes, la excepción es que los administradores requieren de autorización formal que los habilite para realizar actos traslativos de dominio o de disposición que recaigan sobre derechos o bienes muebles

²¹ El artículo 2546 del Código Civil Federal, dispone: “El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”.

²² ADMINISTRACIÓN, ACTOS DE. La venta de productos de una finca o de una negociación no queda comprendida entre los actos que, por afectar el patrimonio del propietario, deben calificarse como de dominio o de disposición, puesto que, por el contrario, la venta de los productos tiende a la conservación y mejoramiento de los bienes de que derivan, esto es, el mejoramiento del patrimonio del propietario y por ende, puede considerarse como un acto de administración. (No. Registro: 341,265; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Quinta Época; Instancia: Tercera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo: CXIX; Tesis: página: 1369).

registrables o inmuebles, como su venta, donación, permuta, constitución de gravámenes, etcétera.²³

Las limitaciones al poder de dominio o de disposición pueden tener su origen en la autonomía de la voluntad del propietario, en la decisión de la autoridad competente formalmente acordada, y en la ley.

El delito de administración desleal que se describe en el artículo 388 del Código Penal Federal, se puede cometer de tres maneras alternativas, porque la acción fraudulenta puede consistir: 1) en alterar las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales; 2) en ocultar o retener valores o emplearlos indebidamente o, 3) a sabiendas celebrar operaciones que perjudican el patrimonio administrado, ya sea en beneficio del administrador legal o de un tercero.

1) Comenzando con la primera alternativa de la conducta típica, la acción de alterar se configura con el empleo de cinco mecanismos alternativos, porque, la conducta típica de alterar o distorsionar en todo o en parte, de manera decisiva, no accidental, las cuentas u otros documentos (contratos, facturas, notas, recibos, etcétera), haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los reales, para conseguir la transferencia no consentida de un activo patrimonial, se configura: 1) cuando se consignan o insertan en las cuentas, datos diferentes a los reales; 2) se borran; 3) u omiten datos; 4) con la no-presentación (u ocultación) de otros documentos; 5) o con la presentación adicional de otros documentos ya alterados o falsificados por otro o por el propio administrador legal.²⁴

²³ MANDATO PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN. NO PUEDE GENERAR LA PÉRDIDA O MENOSCABO DEL PATRIMONIO DEL MANDANTE. El mandato otorgado en un poder general para actos de administración no puede llevar a la pérdida o menoscabo del patrimonio del mandante, puesto que ello sólo es facultad exclusiva de éste, al reunirse en él las facultades de usar, disfrutar y disponer del mismo, a menos que sea necesaria la disposición por el mandatario para su conservación o mejoramiento de acuerdo con la naturaleza de los bienes y derechos administrados y de los fines del negocio encargado. (No. Registro: 183,257; Tesis aislada; Materia(s): Civil; Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*; tomo: XVIII, septiembre de 2003; Tesis: I.9o.C.107 C; página: 1407).

²⁴ FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS. NO SE SUBSUME AL DELITO DE FRAUDE. El delito de falsificación de documentos no se subsume al delito de fraude, sino que siendo figuras delictivas autónomas, ambas subsisten con independencia la una de la otra; no obstante que la falsificación puede servir como medio para consumar determinadas acciones delictuosas, que forman el fin inmediato, la ley sanciona en forma especial el delito de falsificación de documentos, independientemente del que es objeto principal del falsario. (No. Registro: 390,026; *Jurisprudencia*; Materia(s): Penal; Séptima Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Apéndice de 1995; tomo II, Parte SCJN; Tesis: 157; página: 89)

FALSIFICACION DE DOCUMENTOS Y FRAUDE. Aunque la falsificación haya sido el medio para llegar al delito fin, que fue el fraude, aquélla no queda absorbida por éste, en atención a que el

La acción de alterar será positiva cuando se incorporan datos u otros documentos falsos, y negativa cuando se supriman documentos o información.

La conducta de alterar o distorsionar los datos consignados tanto en las cuentas que se rinden y confeccionan para informar de forma precisa sobre la situación económica que guarda el patrimonio administrado a su titular, como en los otros documentos que se acompañan como soporte material a éstas para acreditar su veracidad y exactitud, será constitutiva del delito de fraude por administración desleal, cuando se advierta un desequilibrio patrimonial entre la situación económica declarada en las cuentas y la situación económica real, y que tal desequilibrio efectivamente cause al titular del patrimonio administrado un perjuicio patrimonial,²⁵ desde luego, cuando dicha alteración no produzca consecuencias patrimoniales adversas no habrá fraude.

2) En la delimitación de cuáles sean todos los supuestos abarcados por esta segunda alternativa de la conducta típica, debe advertirse de inmediato que al margen de la misma va a quedar la acción de alterar las cuentas u otros documentos, ya que, la acción de ocultar tanto datos como otros documentos sería constitutiva, ya antes que de la segunda alternativa de la conducta típica de ocultar, retener o emplear ilícitamente el patrimonio administrado, de la primera alternativa de alterar las cuentas u otros documentos, porque, la acción típica de alterar a que se refiere la primera alternativa, en todas las formas en que puede presentarse, interpreta-

artículo 251 del Código Penal dispone que si el falsario hiciere uso de los documentos falsos que se detallan en dicho título, se acumularán la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido y doctrinariamente, la falsificación es un delito de simple actividad o formal, con vida autónoma, en tanto que el fraude es un delito material o de resultado. Y por tratarse de delitos acumulados, opera la regla establecida en el artículo 64 del Código Penal para el concurso real o material de delitos. (No. Registro: 262,738; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Sexta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo: Segunda Parte, XXIV; Tesis: página: 233).

²⁵ ABUSO DE CONFIANZA Y ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE; SUS DIFERENCIAS. Aun cuando ambos son delitos patrimoniales previstos, respectivamente, por los artículos 382 y 388 del Código Penal para el Distrito Federal, difieren en que en el primero el activo puede serlo cualquier persona física y la disposición indebida que realiza recae en una cosa ajena, mueble y determinada, de la que previamente se le transmite sólo la tenencia mas no el dominio; y en el segundo, el agente únicamente lo es el administrador o cuidador de los bienes muebles y/o inmuebles ajenos, además de determinados o un conjunto de ellos, corpóreos o incorpóreos, mismos que pudieron o no estar antes en posesión material del sujeto pasivo y de los que el activo tiene completo manejo. En el abuso de confianza la condicionante consiste en la previa rendición de cuentas por el infractor, en cambio, en la administración fraudulenta no lo es tal, sino la demostración plena de un provecho injusto, obtenido en perjuicio de otro, mediante el abuso que el administrador hace de sus facultades o posición, tanto que en el mismo instante en que esto acontece, el delito queda consumado. (No. Registro: 210,725; Jurisprudencia; Materia(s): Penal; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; tomo: 80, agosto de 1994; Tesis: I.2o.P. J/56; página: 31).

da en forma amplia, la entendemos como una declaración incompleta de la verdad.

Si ello es así, ahora en esta segunda alternativa de la conducta típica, por obvias razones, todos los supuestos de la acción de ocultar, retener o emplear indebidamente, en todo o en parte, el patrimonio administrado, han de desarrollarse sobre cualquier clase de cosas destinadas precisamente a formar parte del patrimonio administrado,²⁶ con un valor económico, ya intrínseco o material (automóviles, materias primas, material de trabajo, mercancías y demás cosas muebles o inmuebles) ya incorporado (acciones, contratos, cheques, pagarés, dinero, etcétera).²⁷

²⁶ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. PUEDE CONFIGURARSE RESPECTO DE LOS PRODUCTOS DE LOS BIENES ENTREGADOS AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 404, fracción XVII, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla tipifica la figura denominada por la doctrina como delito de administración fraudulenta, la cual requiere de la existencia de un presupuesto de naturaleza jurídica, consistente en la obligación de quien administra o cuida bienes ajenos, de vigilar los intereses patrimoniales relacionados con la referida obligación, a favor de una persona distinta al sujeto activo; es decir, éste tiene la obligación de efectuar una actividad dirigida a hacer servir bienes ajenos de diversa manera en provecho de alguien, por lo que es evidente que dicho agente activo no es titular ni de los bienes administrados ni de los provechos que éstos generen, pues de lo contrario estaría realizando una administración propia; de ahí que quede de manifiesto que la conducta lesiva del patrimonio ajeno puede tener por objeto ciertos bienes cuya tenencia no se haya transmitido al sujeto activo, por no existir con anterioridad y haberse generado merced a la gestión administrativa realizada por éste. En consecuencia, el delito de administración fraudulenta sí se configura respecto de los productos de los bienes entregados al sujeto activo del delito cuando éstos han sido empleados abusivamente, ocultados o retenidos. (No. Registro: 180,733; *Jurisprudencia*; Materia(s): Penal; Novena Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; tomo: XX, septiembre de 2004; Tesis: 1a./J. 62/2004; página: 21).

²⁷ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO. DELITO DE. (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA). NATURALEZA JURÍDICA. SU DIFERENCIA CON EL ABUSO DE CONFIANZA. En el delito de administración fraudulenta previsto por el artículo 282 del Código Penal del Estado de Chihuahua, la conducta lesiva del patrimonio ajeno puede tener por objeto bienes muebles, que por no existir con anterioridad, no pudo su tenencia ser transmitida al sujeto activo, pues es dable adquirirlos en virtud de las adquisiciones hechas durante su gestión administrativa, circunstancia ésta que imposibilita la aplicación del tipo de apropiación indebida o abuso de confianza, que describe el artículo 275 del código penal del estado; y aunque el delito de administración fraudulenta pertenece a la familia de los abusos de confianza o apropiaciones indebidas, se singulariza por las siguientes particularidades: primero, porque no recae sobre un objeto determinado, sino sobre un conjunto; y segundo, porque en tanto que la apropiación o el abuso, ordinariamente tiene por objeto una cosa que antes estuvo en posesión del propietario y que éste entregó al acusado para un fin determinado, el delito de administración fraudulenta recae casi siempre sobre cosas que el ofendido nunca había tenido en su posesión material, por lo que debe concluirse que el administrador actúa sobre el capital que le ha sido confiado con libre disponibilidad, según la índole de cada negocio, es decir, dispone en suma, libremente sin que la empresa ofendida conozca su gestión; además, el delito de que se trata, no se limita a la lesión de intereses mobiliarios, sino que abarca también los inmobiliarios que no consisten necesariamente en una apropiación, sino que también comprende cualquier otra acción ejecutada, en daño de los intereses patrimoniales ajenos; lo que implica que ese ilícito es propio o especial, pues sólo puede ser cometido por aquella persona que ha asumido una cualidad jurídica, como el de ser

Para nosotros, no cabe duda de que, sea cual fuere la forma de presentación de las tres acciones contempladas en esta segunda alternativa de la conducta típica, sin mucho esfuerzo, es fácil reconocer que, las acciones de ocultar, retener o emplear ilegalmente, ya sea total o parcialmente, el patrimonio administrado, revelan inequívocamente un genuino ánimo de impedir al titular del patrimonio administrado un efectivo dominio sobre la cosa o derecho extraído, y la pérdida de esa facultad de dominio se traduce en un deterioro y menoscabo efectivo de su patrimonio. Lo cual significa, que los verbos ocupar, retener o emplear, aunque no son sinónimos, deben hacerse equivalentes a todo acto que implique un ejercicio del poder de disposición sobre una cosa o bien.

Por ello, para los efectos del artículo 388 del Código Penal Federal, por ocultar, no sólo entendemos el hecho de esconder, sino también el impedir que se conozca lo que debe ser conocido, por lo tanto, la acción de ocultar se puede cometer mediante una conducta de acción o una conducta de omisión, pues el verbo ocultar, indica, la necesidad de un hacer, las maniobras más frecuentes a la hora de reseñar la acción de ocultamiento son: la no rendición de cuentas con la finalidad de impedir o reducir las posibilidades de descubrir e identificar las maniobras fraudulentas realizadas en perjuicio del patrimonio administrado, la ocultación del dinero u otras cosas recibidas, que corresponde al patrimonio administrado, la no comunicación oportuna de los flujos derivado del de los activos del patrimonio administrado, con los comprobantes respectivos, etcétera.

Por retener, entendemos rehusarse a entregar o devolver alguna cosa que corresponda al patrimonio administrado, recibida como administrador legal o en cumplimiento de sus funciones, llegado el momento en el que le toque devolverla o restituirla, se retiene, sin una justificación jurídica válida que permita el ejercicio de dicha acción.

Establecida la posibilidad de una retención legítima, adviértase que, aplicando las reglas del mandato a las administraciones legales, el ejercicio del derecho de retención que se concede a los mandatarios en el ar-

administrador, que impone al agente un específico deber de fidelidad administrativa, y dicho deber puede ser violado mediante abusos de los poderes de disposición del patrimonio ajeno de que está investido el sujeto activo; luego, todo aquello que en mayor o menor escala y con poderes más o menos amplios gobierna, rige o cuida de intereses patrimoniales ajenos, perpetra el delito de administración fraudulenta, si en beneficio propio o de otro ocasiona un perjuicio en los intereses patrimoniales que están a su cargo, cualquiera que fuese el medio que emplease; además, en el administrador de una empresa, hay, por una parte, algo más que una simple tenencia de la cosa, él es órgano de la sociedad, no ejecuta una voluntad de otros sino expresa o concurre a expresar una sola voluntad que se puede atribuir a la persona jurídica. (No. Registro: 218,900; Tesis aislada; Materia(s): Penal; Octava Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; tomo: X, julio de 1992; Tesis: página: 333).

título 2579 del Código Civil Federal,²⁸ opera exclusivamente en los casos o supuestos específica y expresamente previstos en los artículos 2577 y 2578 del referido Código,²⁹ sin posibilidades de extensión analógica, ya que supone una excepción al principio que proscribe: “ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Sobre esta base, entiendo que la retención en prenda será legítima, pese a haber concluido el término concedido para entregar o devolver la cosa, cuando el administrador legal retenga en prenda la misma cosa sobre la que realizó los gastos u otra cosa totalmente distinta, en tanto no se le reembolsen los gastos e intereses generados, y cuando aquél tenga en el momento en que se produce la retención de la cosa, derecho al pago de una indemnización por daños y perjuicios sufridos durante el tiempo en que se desempeñó como administrador legal, mientras no se le satisfaga el importe de la indemnización debida, por lo dicho, la retención será ilegítima, o ilegal, en los restantes supuestos.

Hay que considerar que, los gastos deben ser ciertos, exigibles y liquidables, en el instante en que se produce el ejercicio del derecho de retención sobre la cosa, el mecanismo es éste: frente a la reclamación de su restitución o devolución, el administrador legal debe reportar fehacientemente al titular del patrimonio administrado o a su representante legal, el hecho de haber realizado gastos en la cosa retenida y determinar su cuantía exacta, con los comprobantes respectivos, ya que, sólo así puede legítimamente exigir su reembolso y permitir a su propietario recuperar la cosa objeto de retención, pues no es posible exigir su reembolso y lograr su exigibilidad, si los gastos no son vencidos, líquidos y exigibles, y además, si no se conoce el importe exacto de éstos, pues no es lícito retener con el argumento de una reclamación futura. Afirmaciones que resultan ser también aplicables en los casos de retención por indemnización.

Una importante advertencia, por constituir la retención en prenda, una garantía para asegurar el pago íntegro de los gastos hechos en la cosa, a nuestro juicio, aun admitiendo, que no existe un precepto expreso que regule el ejercicio del derecho de retención, la acción de retención

²⁸ Artículo 2579. El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.

²⁹ Artículo 2577. El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas al mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo.

Artículo 2578. Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario.

debe recaer sobre la misma cosa sobre la que se hicieron los gastos, aunque el valor económico de ésta sea de mayor valor que el importe de los gastos reclamados, en cambio, cuando se retiene una cosa distinta a aquella sobre la que se realizó el gasto, o bien se reclama el pago de una indemnización por daños y perjuicios, en tales supuestos, siempre que la cosa retenida sea cómodamente divisible y el derecho de crédito del retenedor de la cosa quede eficazmente garantizado, deberá existir reciprocidad, o, si se prefiere, bilateralidad, entre las obligaciones de restitución de la cosa retenida y el reembolso de los gastos o el pago de la indemnización, esto es, un valor económico equivalente, entre el valor de la cosa retenida y el importe del adeudo, si ello no es posible, según cada caso, la retención podrá recaer en otras cosas de igual o mayor valor, porque, el objeto de la retención en prenda no es la cosa, sino su valor, por su función de garantía, lo que significa, que la acción de retención en prenda, no puede recaer sobre cosas que excedan notoriamente el importe de lo que se adeuda.³⁰

Concluimos esta alternativa de la conducta típica afirmando que, la acción de retención realizada por el administrador legal, será constitutiva del delito de fraude por administración desleal, cuando la ley expresamente, no le conceda la facultad de retener cosas en prenda, es decir, cuando la cosa que retiene, no tenga la finalidad de garantizar el reembolso de los gastos hechos en alguna cosa, o el importe de la indemnización por daños y perjuicios, sino otras prestaciones, o, cuando no esté determinada la cuantía exacta de los gastos o de la indemnización que haya de cubrirse, o, cuando no exista reclamación por el impago de gastos en una cosa o de una indemnización, o, cuando el valor de la cosa retenida exceda notoriamente el importe de lo que se adeuda, por concepto de gastos o de indemnización, habrá retención ilegal, por la diferencia del valor económico resultante, además, y aparte, la retención será ilegal, cuando el administrador legal, no entrega o devuelve la cosa retenida, tras el pago de lo que se le adeudaba.

Por emplear, entendemos la utilización y disfrute indebido de la capacidad productiva de las cosas que forman parte del patrimonio administrado, sin ánimo de apropiación, pero, con ánimo transitorio de simple uso y posterior devolución, con el propósito de obtener los beneficios económico derivados de su uso indebido o no autorizado, apropiación indebida de uso, en forma transitoria, que agota o merma parte de la capacidad pro-

³⁰ El artículo 2890 del Código Civil Federal, dispone: "El derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles, salvo el caso en que haya estipulación en contrario; sin embargo, cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible, ésta se irá reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos, con tal que los derechos del acreedor siempre queden eficazmente garantizados".

ductiva de la cosa usada de que se trate, de forma que aquélla es devuelta con su valor mermado, lo que ocasiona un perjuicio al patrimonio administrado, por ejemplo, el uso y disfrute tanto de bienes muebles como inmuebles sin pagar renta.

Por supuesto, nada impide que la acción de emplear recaiga también sobre la capacidad productiva de la persona humana, como ocurre, cuando el administrador legal aprovechándose de su posición, en perjuicio del patrimonio administrado, emplea para trabajos personales o de un tercero, los servicios personales de alguno o algunos de los trabajadores al servicio del patrimonio administrado.

Como es lógico, congruentemente con la naturaleza patrimonial del fraude, para aplicar correctamente las sanciones establecidas para esta modalidad de fraude, el perjuicio debe ser patrimonial, esto es, valuable económicamente, por ser su importe, el sistema impuesto para aplicar las sanciones dentro de los límites fijados por el artículo 386 del Código Penal Federal,³¹ será necesaria la intervención de peritos para cuantificar el monto exacto del fraude, estimando como contraprestación, el empleo indebido de la capacidad productiva de que se trate.

3) La última alternativa de la conducta típica, es decir, la acción de realizar operaciones que perjudican o quebrantan el patrimonio administrado en beneficio de otras personas o del propio administrador, se configura, cuando sin autorización se realiza cualquier tipo de acto de disposición patrimonial en el que no media equilibrio en las prestaciones, o sin entrega de contraprestación alguna, que causan un perjuicio económico al titular del patrimonio administrado, o, dicho de otro modo, cuando la realización del acto traslativo de disposición va a derivar en una reducción del patrimonio administrado, que se produce en el instante de su realización —ejecución instantánea— o sobreviene con posterioridad al acto de disposición (entiéndase cuando el perjuicio haya de tener ulterior o segura existencia posterior, en un preciso acto —ejecución diferida— o en una serie de actos realizados en forma periódica —ejecución escalonada—), durante la vigencia del acto de disposición,³² las maniobras más frecuentes de esta acción son: la desviación en la titularidad de las cosas compradas, haciendo titular a otro, préstamos sin intereses, destrucción

³¹ El delito de fraude se castigará con las penas siguientes: 1. Con prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario; 2. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez, pero no de quinientas veces el salario, y 3. Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

³² Si el perjuicio no se produce o sobreviene, porque no se consuma la operación, estaremos en presencia de una tentativa.

de documentos, sustracción de bienes, transmisión de propiedad o de uso, gratuitamente o a bajo precio, compras a sobreprecio, compra de cosas inútiles, condonación de deudas, cesión de créditos, pago de deudas prescritas, contratos simulados, aceptación de deudas ajenas, constitución de gravámenes a título gratuito por deudas contraídas por el propio administrador u otras personas, ya sea como fiador o codeudor solidario, etcétera.

Salvo error u omisión no advertida, no encuentro obstáculos para reconocer que, la conducta típica en esta tercera alternativa, se puede cometer mediante una conducta de acción o una conducta de omisión,³³ porque el deber de proteger el activo patrimonial ajeno supera, desde luego, el mero deber de su cuidado o custodia, pues, no se trata de una protección estática sino dinámica, encaminada precisamente a hacer que el patrimonial administrado produzca los beneficios económicos que espera o pretende su propietario, dentro de los límites de una actuación socialmente correcta en su ámbito económico de acción,³⁴ de ahí que, no sólo las acciones sino también las omisiones (no incremento del patrimonio administrado), deben ser jurídicamente calificadas como verdaderos actos de disposición patrimonial, por ejemplo, el no pago de deudas, la no reclamación de deudas a los acreedores, la no celebración de contratos que frustren una expectativa de ganancias, la no producción al nivel adecuado, la no evitación de daños, la no retención o no pago de impuestos, etcétera.

Si en la comisión del delito de fraude por administración desleal, se realizan varias y sucesivas conductas delictivas, deberá optarse por el delito continuado,³⁵ si el mismo delito de administración desleal, perjudica

³³ "Omisión es la conducta voluntaria, consistente en la inactividad, que produce un resultado". Vela Treviño, Sergio, *La prescripción en materia penal*, Editorial Trillas, S. A. de C. V., primera reimpresión, marzo, 1995, p. 136.

³⁴ "La idea central que se maneja es la de la garantía o posición de garante que corresponde a alguna persona, por imposición del tipo, ante las situaciones que puede presentar la vida de relación; se dice que en determinados casos el orden social atribuye a los sujetos una función específica, consistente en evitar el resultado típico, con lo que quedan ubicados como garantes de una cierta seguridad jurídica. La existencia de esta obligación implica la necesidad de una conducta activa que tiene que ser la idónea para no afectar un interés jurídicamente tutelado. Si se omite la conducta exigible, independientemente de cuál sea la que se realice, aparece una omisión que adquiere relevancia penal al no evitar el resultado típico; dice Maurach que "la colocación del obligado en esta postura de garantía, puede ser debida a las razones más diversas, y producirse voluntariamente o involuntariamente, con o sin su intervención". La formulación de este principio general no dispensa, pues, del imperativo de averiguar, en cada caso particular, existencia y extensión del concreto deber de acción y, a saber, del deber de evitar el resultado". Vela Treviño Sergio, *La prescripción en materia penal*, Editorial Trillas, S. A. de C. V., primera reimpresión, marzo, 1995, p. 139.

³⁵ "Qué es el delito continuado. Desde nuestro entender, una de las conceptualizaciones más completas y precisas es la de Rodríguez Devesa, quien dice que esta figura o fenómeno "se caracteriza porque está formado por varios actos, cada uno de los cuales, estimado aisladamente, reúne todas

a más de una persona, habrá que considerar tal conducta como un solo delito, dada la unidad de la acción y del bien jurídico lesionado.

El objeto material de la conducta típica de administración desleal, no puede ser otro, que las cosas que corresponden al patrimonio administrado, es decir, cualquier valor efectivo, créditos o derechos que tenga a su favor el titular del patrimonio administrado, lo que incluye cualquier clase de cosas o derechos, el perjuicio se causa, y el delito se consuma, en el momento en que se produce el perjuicio al patrimonio administrado.

Una última observación, si el perjuicio patrimonial sobreviene con posterioridad al acto de disposición, de manera diferida o escalonada, en tal supuesto, para determinar la cuantía del monto defraudado, en todo caso, deberá atenderse al monto global que representa el perjuicio que se causará durante la vigencia del acto de disposición, por ejemplo, si el monto de la contraprestación nociva que periódicamente disminuye el patrimonio administrado, es de mil pesos mensuales, que multiplicada por los doce meses de duración del contrato, el monto resultante de doce mil pesos, será el total de lo defraudado, sostener lo contrario, equivaldría a desconocer las consecuencias perjudiciales que se produzcan durante la vigencia del contrato.

las características de un delito consumado o intentado, pero que se califican globalmente como si constituyeran un solo delito". Vela Treviño, Sergio, *La prescripción en materia penal*, Editorial Trillas, S. A. de C. V., primera reimpresión, marzo, 1995, p. 420.