



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social

*Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

APROPIACIÓN INDEBIDA DE COTIZACIONES PREVISIONALES

Autores: Felipe Olate
Andrés Fuenzalida

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag.

2008

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	<u>5</u>
----------------------------	-----------------

CAPÍTULO I: LAS OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR EN EL SISTEMA

<u>PREVISIONAL CHILENO.</u>	<u>10</u>
------------------------------------	------------------

1. EL NUEVO SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL EN EL ÁMBITO PREVISIONAL	10
--	-----------

2. LAS OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR	13
--	-----------

2.1. LA OBLIGACIÓN DE DESCONTAR Y RETENER	13
---	----

2.2. LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR Y PAGAR	16
--	----

2.2.1. La obligación de declaración	17
-------------------------------------	----

2.2.2. Obligación de pagar	20
----------------------------	----

2.2.3. Declaración y no pago	21
------------------------------	----

3. LAS SANCIONES AL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES POR PARTE DEL EMPLEADOR	23
---	-----------

CAPÍTULO II: EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA. ASPECTOS

<u>GENERALES</u>	<u>26</u>
-------------------------	------------------

1. CONCEPTO	26
--------------------	-----------

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA APROPIACIÓN INDEBIDA	28
3. EL SUJETO ACTIVO	36
4. EL OBJETO	37
5. LA TENENCIA DE LA COSA	41
6. EL PERJUICIO	42
7. LA CONDUCTA PUNIBLE	46
8. TÍTULOS IDÓNEOS	49

CAPÍTULO III: APROPIACIÓN INDEBIDA POR NO PAGO DE

COTIZACIONES PREVISIONALES **58**

1. PRELIMINARES	58
2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	66
3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA POR NO PAGO DE COTIZACIONES PREVISIONALES	69
3.1. EL SUJETO ACTIVO	69
3.2. EL SUJETO PASIVO	81
4. EL OBJETO MATERIAL	82
5. EL PERJUICIO	91
6. LA CONDUCTA PUNIBLE	97
6.1. EL ELEMENTO SUBJETIVO	97
6.2. EL ELEMENTO OBJETIVO	100

6.3. LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 17.322 _____	101
6.4. DECLARACIÓN Y NO PAGO _____	103
7. SITUACIONES ESPECIALES _____	106
7.1. LA QUIEBRA DEL EMPLEADOR _____	106
7.2. APROPIACIÓN INDEBIDA DE COTIZACIONES PREVISIONALES Y PRISIÓN POR DEUDAS	109
<u>CONCLUSIONES</u> _____	115
<u>BIBLIOGRAFÍA</u> _____	123
1. TEXTOS DE DOCTRINA _____	123
2. JURISPRUDENCIA _____	125
3. TEXTOS NORMATIVOS _____	127

INTRODUCCIÓN

Un mes antes de que en mayo de 2005 se promulgara la ley 20.022 que creó los nuevos Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional, el Ministro del Trabajo de aquella época, Ricardo SOLARI, estimó que la llamada «deuda previsional» con los trabajadores —representada por los dineros que son retenidos de sus remuneraciones por concepto de cotizaciones previsionales, pero que luego no son enterados en las instituciones correspondientes—, había ascendido durante el 2004 a la suma de \$603.910 millones, lo que representaba un aumento de alrededor de \$141.470 millones respecto del año 2003. Por su parte, la Central Unitaria de Trabajadores, en una presentación hecha ante el Consejo que estudiaba la Reforma Previsional en abril de 2006, sostuvo que ella, según un estimativo para el 2005, ascendía en total hasta \$325.000 millones, cifras que no requieren un profundo análisis para darse cuenta lo elevadas que son.

Atendiendo a la gravedad que representa para un trabajador, percatarse al final de su vida laboral, que posee grandes lagunas en el pago de sus cotizaciones, lo que redundará en una menor pensión cuando se jubile; o el

hecho de que no pueda acceder a determinadas prestaciones de salud sólo porque no se han pagado las cotizaciones correspondientes a su ISAPRE, es que la ley ha establecido diversos mecanismos, cuya misión es evitar la ocurrencia de estos escenarios, disuadiendo por la vía legal a los empleadores a fin de que no incumplan sus obligaciones previsionales.

Dentro de estos mecanismos que contempla la ley, sin duda los que representan un mayor gravamen para el empleador son aquellos que importan la posibilidad de verse privado de libertad en caso de no dar cumplimiento a las disposiciones legales que le imponen ciertas cargas relacionadas con el pago de las cotizaciones, las cuales, dicho sea de paso, no recaen sobre dineros de su propiedad, sino respecto de aquellos que han sido previamente retenidos de la remuneración del propio trabajador, y que por tanto le pertenecen sólo a este último.

La tipificación del delito especial de apropiación indebida, responde precisamente a esta búsqueda del legislador para, por una parte, disuadir al empleador a fin de que entere los dineros que retenga por concepto de cotizaciones en las instituciones previsionales respectivas; y a su vez, sancionar a aquellos que dolosamente hacen apropiación de estos dineros, manifestando por signos externos su total falta de voluntad de hacer entrega de ellos, tal y como le impone la ley.

Este delito de apropiación indebida, aparecerá en nuestra normativa sólo una vez que se dio paso al nuevo modelo previsional —específicamente tratándose del sistema de pensiones—, con el DL 3.500, en que se transitó de un modelo basado en el reparto a uno de capitalización individual. Ello, debido a que únicamente en este último es posible identificar todos los elementos que en general se exigen para que se entienda perfeccionado el ilícito penal en cuestión. Sin embargo, en este caso, el legislador no se contentó con sólo hacer aplicable a este respecto la normativa general ya existente sobre la materia en la sede estrictamente penal, y que se encuentra consagrada en el artículo 470 N° 1 del Código del ramo, sino que se abocó a la tarea de crear una figura especial, consagrada tanto en el DL 3.500 como en la ley 17.322, la cual, si bien en líneas gruesas sigue la misma senda trazada por la norma penal general, en algunos aspectos se diferencia de ella, adquiriendo características propias, que le individualizan.

En el curso de este trabajo, estudiaremos esta figura de apropiación indebida establecida para el ámbito de la seguridad social, exponiendo especialmente aquellos elementos que le dan su carácter propio, distanciándola de la figura penal general. Para ello, en una primera parte, señalaremos cuáles son las obligaciones que el nuevo sistema —vigente desde principios de los años '80—, le impone a los empleadores, y las sanciones que a este respecto se disponen para el caso del incumplimiento. Una vez hecho esto, a

continuación se abordará el estudio de la figura de la apropiación indebida general del artículo 470 del Código Penal, para finalmente abordar, en el Capítulo III de esta memoria, el tratamiento particular y pormenorizado de la figura especial de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, consagrado en la órbita de la seguridad social.

Dada la muy escasa bibliografía existente sobre este tema en específico, el método al que recurriremos para realizar nuestra labor, será principalmente el estudio de la legislación actualmente vigente y de las soluciones dadas por la jurisprudencia, especialmente para aquellos casos que nosotros hemos identificado como más problemáticos o de más difícil solución. Asimismo, cada vez que ello sea necesario, recurriremos al contraste entre la figura penal general y la especial del ámbito previsional, a fin de ilustrar de mejor manera, y en la medida en que sea útil, la interpretación más adecuada que debe hacerse de las normas del artículo 19 del DL 3.500 y 13 de la ley 17.322, a la luz de lo ya señalado por la legislación y la doctrina para la figura general del ámbito penal. Por cuanto entre ambas existen muchos elementos en común, y es en esta última donde el estudio y análisis de la figura típica de la apropiación indebida se encuentra mucho más adelantado, a diferencia de lo que ocurre en sede de la seguridad social, en que este ilícito casi no ha sido abordado por la doctrina.

Finalmente, en las conclusiones de este trabajo, expondremos lo que es nuestra opinión general respecto de la forma en que nuestra legislación ha abordado esta materia, intentando identificar ciertos nudos conflictivos que, a nuestro juicio, existen en la forma en que se ha hecho el tratamiento legal de la apropiación indebida de cotizaciones previsionales; proponiendo a su vez cuáles son las modificaciones que, a nuestro entender, resultan necesarias hoy por hoy a fin de dar cumplimiento a los objetivos que se han buscado con el establecimiento de este ilícito penal.

CAPÍTULO I: LAS OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR EN EL SISTEMA PREVISIONAL CHILENO.

1. El nuevo sistema de capitalización individual en el ámbito previsional

De la mano del impulso neoliberal que influenció nuestra economía durante el régimen militar, en el año 1980 se dictó el conocido Decreto Ley 3.500, que vendría a establecer en Chile un nuevo sistema de pensiones, cimentado en la «capitalización individual», que reemplazaría al anterior basado en el «reparto».

A decir de José PIÑERA —considerado uno de los principales ideólogos e impulsores de este modelo que, con algunas modificaciones, es el imperante hoy en día—, la razón por la cual se hacía necesario cambiar el antiguo sistema de reparto, se debía a que en este lo que el trabajador obtenía como pensión a través de él, dependía mucho de de las fuerzas de presión que se ejercieran por sobre el legislativo, siendo en definitiva los parlamentarios quienes decidían

qué grupos tenían tales o cuales condiciones para jubilar. Además, en muchas ocasiones estas condiciones eran distintas o, incluso, no relacionadas con la estructura de aportes.

A juicio de este economista: «Es natural que cuando las personas están adscritas a un sistema en que sus contribuciones no tienen nada que ver con los beneficios, su comportamiento va a ser minimizar aquellas y maximizar estos últimos. Por lo tanto, frente a esta realidad la población intentará, por un lado, evadir el pago de cotizaciones, disminuyendo sus declaraciones de ingresos y, por otro, beneficiarse con leyes especiales, jubilaciones prematuras, préstamos subsidiarios, o lo que fuera a fin de maximizar los beneficios»¹. De ahí entonces que, en su opinión, el modelo de reparto introdujera todo tipo de distorsiones e ineficiencias, lo que resultaba en enormes déficits financieros que habrían de redundar en la quiebra del sistema.

Ahora bien, de acuerdo a la caracterización que realiza este mismo autor, son tres los elementos distintivos de este nuevo modelo —pionero en su tipo, en muchos aspectos—, a saber:

- 1) La capitalización individual, es decir, «el trabajador ahorra para la vejez, deposita esos ahorros en una cuenta individual y al final de

¹ PIÑERA José, *América Latina: Comienza la Gran Revolución Previsional*. En VV.AA., «*El Ahorro Previsional. Impacto en los Mercados de Capitales y la Vivienda*». Santiago: Corporación de Investigación, Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social, 1995, p.19.

su vida de trabajo acumula un capital que lo transforma en una pensión vitalicia para él y su familia»²;

2) Administración privada del sistema;

3) Y, finalmente, la libertad de elección por parte del trabajador, lo que se traduce no sólo en la libertad para escoger cuál será la empresa encargada de administrar sus fondos, sino también la libertad para hacer ahorros adicionales, jubilar anticipadamente, elegir entre distintas modalidades de pensión, etc.³

De estas características distintivas, hay una en particular que tendrá especial importancia para el desarrollo de nuestra investigación: la capitalización individual.

Decimos que es importante porque es precisamente ella quien nos permite en este caso hablar de la posibilidad de que exista un delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales. Porque como veremos más adelante, sólo desde el momento en que se reconoce al trabajador el derecho de propiedad sobre unos dineros fácilmente identificables, descontados de su remuneración, es que se hace factible configurar algunos de los elementos

² PIÑERA, José, *Ob. Cit.*, p. 22.

³ PIÑERA, José, *Ob. Cit.*, pp. 22-24.

esenciales este tipo penal, que perfeccionan la figura típica. Cuestión que no es posible en el sistema de reparto, en que los dineros descontados por concepto de cotizaciones van a parar a un fondo común, desde el cual luego se procede a su repartición.

2. Las obligaciones del empleador

Si bien la normativa sobre seguridad social le impone a los empleadores una serie de deberes y obligaciones que debe cumplir en torno al tema previsional, a objeto de nuestro estudio hay particularmente dos que nos resultan relevantes:

- 1) Obligación de descontar y retener
- 2) Obligación de declarar y pagar

2.1. La obligación de descontar y retener

Esta obligación para el empleador emana de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 19 del DL 3.500, en el cual expresamente se establece que es un deber de este deducir las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador⁴.

⁴ DL 3.500, artículo 19, inciso 2º.

Dada la forma en que está organizado el actual sistema, es el trabajador quien debe proveer los dineros necesarios para ir acrecentando su fondo de capitalización individual, que con posterioridad servirá para calcular el monto de su pensión una vez que jubile. Sin embargo, a objeto de evitar que estos, una vez recibida la remuneración, destinen sus ingresos a otros fines, sin enterar las cotizaciones en el organismo respectivo, la ley ha dispuesto que antes que dichos dineros lleguen a sus manos, sean retenidos por el empleador, para que sea éste, *a nombre del trabajador*, quien proceda a realizar el cumplimiento de esta obligación previsional.

Creemos que es importante resaltar este hecho, por cuanto él resultará clave a la hora de configurar los elementos para perfeccionar el tipo de la apropiación indebida.

En todo momento el dueño de los dineros de las cotizaciones es el trabajador, ya que ellos son descontados y retenidos de su propia remuneración, para ser enterados en su cuenta de capitalización. En este caso el empleador sólo es un mero tenedor de ellos, siendo la ley el título que lo legitima para quedarse momentáneamente con parte de los ingresos devengados por el trabajador en el período correspondiente. Pero por este hecho nunca llega a adquirir la posesión —y mucho menos el dominio— de esos dineros, ya que en todo momento falta un elemento central para ello, cual es, el comportarse a su respecto con ánimo de señor y dueño. Si fuera distinto,

no podría hablarse en estos casos de apropiación indebida, ya que como expondremos en el Capítulo II de esta memoria, para que exista esta la ley exige que quien se apropia, haya sido sólo un mero tenedor del objeto apropiado, y que dicha tenencia la haya adquirido por un medio lícito, ya que en caso contrario, estaríamos en presencia de otra figura delictiva, como podría ser el hurto y no la apropiación indebida.

Ahora bien, respecto de los montos que el empleador deberá retener de los ingresos del trabajador por este concepto, el artículo 17 del DL 3.500 establece que por regla general, tratándose de los trabajadores afiliados al nuevo sistema, están en la obligación de cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10% de las remuneraciones y renta imponible; debiendo además, efectuar una cotización adicional en la misma cuenta, que estará destinada a financiar los gastos de administración y el seguro de invalidez. Sin perjuicio de ello, existen por otra parte casos en que dicha cotización podrá ser distinta atendiendo al tipo de labores que realice el trabajador, como la situación que regula el artículo 17 bis, relativo a aquellos que desempeñen trabajos considerados pesados.

Asimismo, las cotizaciones que deben ser descontadas de la remuneración del trabajador, también deben considerar aquellas destinadas a financiar sus prestaciones de salud, las que equivaldrán a un 7% si el trabajador

se encuentra afiliado al sistema público de salud (FONASA), o un monto incluso mayor si se encuentra afiliado a una ISAPRE.

Además, en los casos en que proceda, el empleador también deberá descontar de la remuneración del trabajador los dineros necesarios para contribuir al financiamiento de su seguro de desempleo.

Todas las anteriores deducciones se han de realizar sobre la base de la remuneración mensual del trabajador, fijando la ley como tope imponible la cantidad de «60 Unidades de Fomento del último día del mes anterior al pago»⁵.

2.2. La obligación de declarar y pagar

En el inciso 1º del artículo 19 del DL 3.500 se dispone que todas las cotizaciones «deberán ser declaradas y pagadas por el empleador, el trabajador independiente o la entidad pagadora de subsidios, según corresponda, en la Administradora de Fondos de Pensiones a que se encuentre afiliado el trabajador, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones y rentas afectas a aquéllas.»⁶

⁵ DL 3.500, artículo 16.

⁶ DL 3.500, artículo 19, inciso 1º

Como podemos ver, en esta disposición se le imponen al empleador dos obligaciones que son correlativas entre sí: declarar y pagar las cotizaciones. Y si bien ellas se encuentran estrechamente unidas, debido especialmente a la institución de «declaración y no pago», es posible dividir las entre sí.

2.2.1. La obligación de declaración

En el artículo 19 es donde el DL 3.500 efectúa la regulación general de la obligación de declaración, disponiendo al efecto que el empleador deberá efectuar esta en el plazo de los 10 primeros días siguientes a aquel en que se devengaron las rentas; o bien hasta el día 13, si la declaración ha sido hecha mediante medios electrónicos⁷. Para ello deberá extender ante la Administradora correspondiente un documento en el que a lo menos debe constar:

- 1) La identificación del empleador —sea que se trate de una persona natural o jurídica—, individualizando su nombre, rol único tributario y domicilio; así como la indicación del representante legal cuando ello proceda;
- 2) La identificación del trabajador, especificando su nombre y rol único tributario; y

⁷ DL 3.500, artículo 19 inciso 3º, incorporado por la ley 20.255, de 17 de marzo de 2008.

3) El monto de las respectivas remuneraciones imponibles.

Por su parte, el artículo 22 de la ley 17.322 impone igual obligación al empleador, aunque en este caso además la extiende a sus representantes legales, mandatarios y trabajadores que, por cuenta de ellos descuenten de las remuneraciones de sus trabajadores, cualquier suma a título de cotizaciones, aportes o dividendos de las obligaciones de estos a favor las instituciones de seguridad social.

Como podemos observar, esta última disposición de la ley 17.322 se expresa en términos más amplios que la norma del DL 3.500 en cuanto hace recaer la obligación de declaración no sólo por sobre las cotizaciones destinadas a financiar el sistema de pensiones, sino que también respecto de toda cotización destinada a ser enterada en alguna de las instituciones de la seguridad social.

En caso de que el empleador incumpla esta obligación, o si la declaración es incompleta o errónea, la ley le impone como sanción una multa a beneficio fiscal de 0.75 UF, por cada trabajador cuyas cotizaciones no se declaren, o sean incompletas o erróneas. Sólo quedan exentos de esta sanción, los empleadores cuyas declaraciones, si bien han sido incompletas o erróneas, no existe fundamentos que hagan presumir que ello se ha debido a un acto

malicioso de su parte y siempre y cuando las paguen dentro del mes calendario siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones respectivas.⁸

Por su parte, si la declaración ha sido incompleta o falsa, y se pudiere presumir que ello ha sido producto de un comportamiento malicioso del empleador, la ley le impone a la Dirección del Trabajo el deber de realizar la denuncia respectiva ante los tribunales del crimen, a fin de perseguir la responsabilidad criminal que correspondiere.

Situación especial es la que ocurre tratándose de empleadores de trabajadores de casa particular, caso en el que se ha establecido una norma distinta a la anterior, en cuanto el inciso 5º del artículo 19 del DL 3.500 establece respecto de ellos que «la multa será de 0,2 unidades de fomento para el caso que las cotizaciones se paguen el mes subsiguiente a aquél en que se retuvieron de las remuneraciones de estos trabajadores, y de 0,5 unidades de fomento si se pagan después de esta fecha, aun cuando no hubieren sido declaradas.»⁹

Finalmente, la ley 20.255 se ha puesto en el caso de que el empleador no haya realizado la declaración debido a que ha cesado o se ha suspendido la relación laboral que mantenía con el trabajador. Por ello, introdujo una parte

⁸ DL 3.500, artículo 19, inciso 5º.

⁹ DL 3.500, artículo 19, inciso 5º.

final al actual inciso 4º del artículo 19 (que luego de la reforma ha pasado a ser inciso 6º), en el cual se expresa que tendrá hasta el último día hábil del mes subsiguiente a aquel en que debió realizar la declaración, para acreditar ante la Administradora respectiva este hecho, que extingue su obligación de enterar las cotizaciones correspondientes.

2.2.2. Obligación de pagar

El empleador no sólo se encuentra en la obligación de declarar los dineros que por concepto de cotizaciones ha retenido de la remuneración de sus trabajadores, sino que a su vez debe pagar estas, es decir, debe enterar en las arcas de la institución previsional respectiva esos dineros, a fin de que sean abonados a la cuenta de capitalización individual del trabajador. Para ello la ley le otorga igualmente un plazo que va desde los 10 primeros días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones correspondientes, que es el mismo plazo para efectuar la declaración.

En caso de que el empleador no realice en tiempo y forma el pago, el dinero equivalente a las cotizaciones habrá de ser reajustado de acuerdo a la variación del IPC, entre el último día del plazo en que debió efectuarse el pago y el día en que efectivamente se realice. Asimismo, por sobre este monto ya reajustado, la deuda devengará un interés penal equivalente a la tasa de interés

corriente para operaciones reajustables en moneda nacional a que se refiere el artículo 6° de la ley N° 18.010, aumentado en un 50%¹⁰.

2.2.3. Declaración y no pago

Como hemos dicho anteriormente, por regla general las obligaciones de declaración y pago son directamente correlativas, es decir, el empleador dentro de los 10 primeros días del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se retuvieron las cotizaciones previsionales de la remuneración del trabajador, debe proceder a declararlas y pagarlas en la institución respectiva. Así, lo que naturalmente debería ocurrir, es que el empleador en un mismo acto declare y pague las cotizaciones de sus trabajadores, sin embargo, esto dista mucho de acontecer en la práctica.

En efecto, según cifras aportadas por la Central Unitaria de Trabajadores en abril de 2006, y presentadas ante el Consejo que estudiaba la Reforma Previsional que se materializó en marzo de 2008, la deuda previsional en Chile estimada para el 2005 ascendía a la preocupante suma de \$325 mil millones, que corresponden a dineros de cotizaciones no pagadas por los empleadores a las AFP¹¹.

¹⁰ DL 3.500, artículo 19, inciso 9°.

¹¹ CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES, Sistema de Pensiones en Chile, presentación hecha el 3 de abril de 2006 ante el Consejo de Reforma Previsional. Disponible en <http://www.consejoreformaprevisional.cl>

Una de las razones de que se presente esta situación, es que la misma ley faculta a los empleadores para que puedan diferir el tiempo entre los actos de declaración y pago.

A objeto de nuestro estudio, esta práctica tiene gran importancia, toda vez que ella se encuentra virtualmente aceptada por la ley, la cual no le impone sino algunas sanciones, no especialmente gravosas, como multas, reajustes, e intereses penales; además, después de la reforma de la ley 20.255, los empleadores que no se encuentren al día con el pago de las cotizaciones tampoco podrán percibir recursos provenientes de instituciones públicas o privadas, financiados con cargo a recursos fiscales de fomento productivo.

Ahora bien, con el fin de hacer más eficiente la cobranza de las altas deudas previsionales que se han ido generando por el uso de la institución de la «declaración y no pago», se han ideado diversos mecanismos, uno de los cuales fue la dictación en abril de 2001 de la ley 19.720, la cual autorizó a las Instituciones de la Seguridad Social a, por una sola vez, celebrar convenios de pago por las cotizaciones previsionales adeudadas con los empleadores, pero ello sólo respecto de remuneraciones que se pagaron o debieron pagarse hasta febrero de 2001.

La anterior medida, si bien fue un aporte que permitió paliar en parte la crítica situación que ya por entonces se vivía, no impidió que con el tiempo se

fuera generando una nueva deuda previsional, que se ha sumado a la ya existente y que no pudo ser resuelta por la aplicación de la ley 19.720. Es por eso que la reciente ley de Reforma Previsional, ha introducido en el DL 3.500 un nuevo inciso al artículo 19, en el que se le entrega a la Administradora correspondiente el deber de agotar las gestiones que tengan por objeto aclarar la existencia de cotizaciones previsionales impagas y, en su caso, obtener la solución de aquéllas de acuerdo a las normas de carácter general que emita la Superintendencia. Para ello se las ha dotado de una herramienta, en virtud de la que, transcurrido el plazo para que el empleador acredite el cese o suspensión de la relación laboral —a que antes hemos hecho referencia—, sin que ello ocurra, se presume legalmente, y sólo para efectos de proceder a las gestiones de cobranza, que las respectivas cotizaciones están declaradas y no pagadas.

3. Las sanciones al incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador

Dada la importancia que el oportuno y completo pago de las cotizaciones previsionales tiene para el trabajador, la ley le ha impuesto al empleador diversas sanciones para el caso de que no de cumplimiento a sus obligaciones a este respecto.

Por regla general la mayoría de las sanciones que contempla la ley son de naturaleza civil, y ellas abarcan tanto la imposición de multas, como el pago de reajustes, intereses penales, restricción del acceso a recursos fiscales de fomento productivo, etc. Sin embargo, además de estas, la ley también ha dispuesto la posibilidad de imponer incluso apremios físicos por sobre el empleador que, requerido de pago, no entera los fondos correspondientes dentro de un plazo determinado.

Así lo establece el artículo 12 de la ley 17.322, el cual dispone que «El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días.»¹²

Para que proceda este apremio, es necesario que él sea solicitado por quien está exigiendo el pago de las cotizaciones, pudiendo repetirse indefinidamente hasta obtener el pago total de las sumas retenidas, o que debieron retenerse, más sus reajustes e intereses penales. Y sólo lo hace cesar la consignación en el tribunal de las cantidades adecuadas.

¹² LEY 17.322, artículo 12.

Pero la ley no se queda ahí, ya que como última opción, para el caso en que el empleador no sólo haya demorado el pago, sino cuando además se presume que aquel ya no tiene intención de materializarlo, porque ha hecho apropiación para sí de los dineros proveniente de las cotizaciones; entonces la ley hace aplicación de la ley penal, configurando de este modo un delito especial de apropiación indebida, que si bien en gran medida guarda una notoria identidad con la tipificación que se hace de ese ilícito en el ámbito del derecho penal general, también tiene algunas particularidades cuyo estudio será el objeto central del Capítulo III de esta memoria.

CAPÍTULO II: EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.

ASPECTOS GENERALES

1. *Concepto*

En términos amplios, la apropiación indebida puede ser caracterizada como un delito contra el patrimonio —o contra la propiedad según algunos autores— en virtud del cual una persona —el sujeto activo del delito— se apodera de bienes muebles ajenos, que se encontraban en su poder a título de mera tenencia, y que tenía la obligación de restituir en razón de una obligación civil que servía de antecedente a su detentación material, causando con ello perjuicio a aquel que tenía derecho a exigirle que llevara a cabo la restitución — el sujeto pasivo del delito—. De ahí que se afirme que «la esencia de la acción de la apropiación indebida no radica propiamente en una *'contrectatio'* con *'amotio'* de la cosa, esto es, en un cambio en la persona del titular de la posesión, sino en un cambio de la naturaleza de la posesión de la que ya goza como titular el sujeto apropiante: la posesión natural se convierte en civil [...] o mejor aún sería decir que la cosa que se está poseyendo en concepto distinto al

de dueño o en nombre del dueño [...] pasa a ser poseída *cum animo rei sibi habendi* u *animus domini*, esto es, como si de una cosa propia se tratara». ¹³

Nuestro Código Penal trata de esta figura en el artículo 470 N° 1, el cual dispone que le serán aplicables las penas del artículo 467 «a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla». ¹⁴

En función de esto, la jurisprudencia ha identificado en tres los elementos que deben concurrir, copulativamente, para que se satisfagan las exigencias de este tipo penal:

- a. apropiación de una cosa mueble;
- b. que esa cosa se haya recibido por un título de mera tenencia, y
- c. que se ocasione un perjuicio a un tercero. ¹⁵

¹³ CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Apropiaciones Indebidas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 25

¹⁴ CÓDIGO PENAL, artículo 470 N° 1

¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 20 de noviembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 219-2006. Citando un fallo de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XL, Año 1963, 2ª Parte, Sección IV, p. 305.

Ahora bien, aunque la primera parte del artículo 470 del Código Penal, hace aplicable para esta clase de ilícitos las penas correspondientes a la estafa, entre una y otra figura penal existen claras diferencias, toda vez que mientras en la última el elemento central de la acción penada se halla en el engaño, en la apropiación indebida lo constituye la apropiación o distracción de bienes que se han recibido legítimamente por el sujeto activo de este delito. Además, la apropiación indebida sólo puede recaer en un objeto corporal mueble, mientras que en la estafa puede serlo tanto un objeto corporal como incorporal, mueble o inmueble. De ahí que en doctrina se la emparente más con el hurto que con la estafa¹⁶, llegando a afirmarse que el hurto no es sino una variedad de apropiación indebida, en cuanto ambos tutelan el mismo bien jurídico: la propiedad.¹⁷

2. El bien jurídico protegido en la apropiación indebida

Uno de los aspectos que más controversias ha generado respecto del delito de apropiación indebida, es el que se refiere a cuál sería el bien jurídico, en particular, que con este tipo penal se pretende cautelar. Así, mientras para algunos aquel estaría comprendido por el patrimonio, en un sentido amplio,

¹⁶ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean-Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. 2ª Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 456

¹⁷ CONDE-PUMPIDO, *Ob. Cit.*, p. 36.

para otros se trataría sólo del derecho real de propiedad, entendido en sentido más estricto. Por otra parte, algún sector contrario a la corriente anterior, sostiene que en el fondo lo que se protege es el derecho personal o crédito que se posee para exigir la restitución, o incluso la presunta vulneración a la relación de confianza existente entre quien entrega la cosa por un título de mera tenencia, y el que se apropia de ellas.

Ahora bien, no obstante la riqueza de la anterior discusión¹⁸, en la práctica la doctrina mayoritaria pareciera inclinarse por la tesis de que el bien jurídico que la norma pretende proteger, en este caso, sería el derecho de propiedad, cuestión que la generalidad de los autores recoge en sus trabajos¹⁹.

En este sentido, en nuestro medio Alfredo ETCHEBERRY, siguiendo en este punto a CARRARA, afirma que se trata de un delito de apropiación de las cosas ajenas, en donde siempre lo lesionado es el derecho real de dominio, y la víctima el propietario: «El derecho del perjudicado no es un simple derecho personal a exigir la entrega de una cosa que es propia. No es un simple acreedor, sino un dueño. El derecho personal no se ve menoscabado en

¹⁸ Para un estudio acabado sobre la discusión en torno al bien jurídico tutelado por el delito de apropiación indebida, ver: POLITOFF, Sergio: *El Delito de Apropiación Indebida*. Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR, 1992, pp. 63 y ss; DONNA, Edgardo: *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II.B*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, pp. 355 y ss.

¹⁹ Sobre el particular, ver por ejemplo: ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal, Tomo Tercero, Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Reimpresión de la 3ª edición, 2005, p. 425; SOTO, Miguel: *La Apropiación Indebida: Acción, autor y resultado*. Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR, 1994, pp. 5 y ss.; DONNA, *Ob. Cit.*, p. 356.

absoluto; subsiste en su integridad. En cambio, el derecho real, aunque subsiste jurídicamente, se ve de hecho desconocido».²⁰

CONDE-PUMPIDO, en la doctrina española, también sostiene una opinión similar, aclarando que la apropiación indebida es un delito contra la propiedad en sentido propio, y no contra el patrimonio como algunos sostienen, por cuanto este último concepto nace y se desarrolla por las necesidades y exigencias del delito de estafa, que son extrañas a la apropiación indebida, la cual en ocasiones, de manera errónea, se la ubica como una forma particular de aquella. Sobre el particular, asevera dicho autor que este delito «constituye un ataque a las facultades del dominio, de las que se despoja totalmente a su titular al privarle de la cosa, pasando a ejercer sobre ellas esas facultades el sujeto activo». Y posteriormente agrega: «es un delito contra la propiedad cuyo mecanismo de ejecución es el fraude, fraude que encierra el matiz diferenciador de la antijuridicidad de esta figura delictiva y que se encarna en el aprovechamiento de una situación creada de buena fe por el sujeto pasivo para privarle del goce de su derecho de propiedad sobre la cosa»²¹. Más aún, a decir

²⁰ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p. 425.

²¹ CONDE-PUMPIDO, *Ob. Cit.*, pp. 35-36

de algunos tratadistas españoles, este sería el verdadero delito de expropiación del dominio, constituyendo el hurto sólo una variedad de ella.²²

Finalmente, en el ámbito del derecho argentino, Alberto DONNA, luego de señalar que para la doctrina argentina es sin duda la propiedad lo protegido por este tipo penal, se inclina también por apoyar esta tesis, aunque introduciendo alguna variación, que la haría adquirir su carácter distintivo, acercándolo en cierta forma a posturas como las que en Chile sostiene Sergio POLITOFF. Al respecto, afirma DONNA que «el bien jurídico protegido es, sin duda, la propiedad, tal como la hemos definido en general, pero con el agregado, en este caso, de que hay un derecho subjetivo a la restitución de la cosa, basado en el deber del sujeto activo, por una parte, de hacerlo, y el derecho del sujeto pasivo de que se lo haga, y que se circunscribe al derecho de restitución que posee quien entrega una cosa, y que está obligado a devolverla, resultando la obligación de restituir del contenido del título que une a las partes, y, sin duda alguna, de una relación de confianza que pudo haber determinado a las partes a la realización del acuerdo».²³

²² ZUGALDÍA, José, *Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio*. Madrid: Ediciones Akal, 1988, p. 32.

²³ DONNA, *Ob. Cit.*, p. 359.

Una opinión distinta es la que en el medio nacional mantiene POLITOFF²⁴, siendo apoyado en ella por Jean Pierre MATUS y Cecilia RAMÍREZ²⁵, y también hasta cierto punto —pero con matices—, por Miguel SOTO²⁶.

POLITOFF critica la concepción dominante en esta materia, argumentando que si bien en la mayoría de los casos puede que el ofendido por este delito se identifique con el propietario de la cosa, no necesariamente siempre ocurrirá así. Para ello, da como ejemplo el caso del titular de un derecho real de usufructo, que entrega la cosa sobre la que este recae en depósito. En dicha situación, el deber de restituir del depositario no lo tiene frente al nudo propietario, sino que frente al usufructuario, que en este caso ha sido el depositante: «Esta obligación de devolver del sujeto activo del delito, que es sujeto pasivo de la obligación, puede ser violada en relación a un propietario, a un usufructuario, a un simple comodatario, etc., según sean los derechos más o menos variados del paciente del delito, sujeto activo de la obligación, con

²⁴ POLITOFF, *Ob. Cit.*, p. 67.

²⁵ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Ob. Cit.*, p. 456.

²⁶ Este autor califica a la apropiación indebida como un delito contra el patrimonio, y no contra la propiedad en sentido estricto. En su opinión, considerar la apropiación indebida como un delito contra la propiedad, acarrea «perniciosas consecuencias dogmáticas y político-criminales, poniendo en entredicho principios básicos (teóricamente inamisibles) de nuestra disciplina, e, incluso posibilitando la lesión de derechos humanos fundamentales». Esto último, particularmente porque, a su juicio, se obnubilan los factores que diferencian el injusto penal del mero incumplimiento civil, colocando de esta forma a la apropiación indebida junto al —hoy en gran parte derogado— delito de giro doloso de cheques, posibilitando de este modo la subsistencia de la «atávica prisión por deudas», prohibida por el Pacto de San José de Costa Rica, del cual Chile es signatario. SOTO, *Ob. Cit.*, pp. 10-11.

respecto a la cosa que éste confía con obligación de devolver. Pero, en los casos propuestos, no será la propiedad ni el usufructo, ni el derecho del comodatario, objeto específico del delito, porque —como anota PETROCELLI— se trata de elementos inconstantes, inestables».²⁷

Lo anterior, hace sostener a POLITOFF que el único elemento distintivo, que se mantiene invariable en toda apropiación indebida, y que por tanto constituye la razón de ser de este delito, es otorgar protección al vínculo jurídico que se establece entre quien efectúa al depósito —a título de mera tenencia— y quien, recibéndolo, luego se apropia ilegítimamente de él. De ahí que la protección recaiga no sobre un derecho real —en especial el de dominio—, sino más bien sobre un derecho personal: el derecho a exigir la restitución; y que por tanto la apropiación indebida tenga por objeto la tutela patrimonial, y no de la propiedad en sentido estricto. Sobre este punto escribe: «el bien jurídico quebrantado por el delito de apropiación indebida (objeto jurídico específico) está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue), correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar. Empleando una definición de Ernesto Ure, diremos que se trata 'del derecho que autoriza a exigir del obligado el

²⁷ POLITOFF, *Ob. Cit.*, p. 65.

cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena'». ²⁸

Aunque esta opinión de POLITOFF es sin duda razonable, y ella pareciera ir cobrando progresivamente cada vez más adeptos —como por ejemplo ocurre con Manuel de RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, quien presuntamente adhiere a ella al distinguir justamente entre la apropiación indebida del Código Penal, y aquella contemplada respecto del pago de cotizaciones previsionales, en el hecho de que la primera lo que protegería es el vínculo obligacional, en virtud del que se ha transmitido la cosa; y en el último, sería lisa y llanamente la propiedad²⁹. Cuestión sobre la que volveremos más adelante—. Lo cierto es que en nuestros tribunales de justicia, lo que prima es el criterio en razón del cual se considera a la propiedad como el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida. Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema, al señalar que: «No cabe dudas que en nuestro derecho penal positivo la apropiación indebida constituye un atentado en contra de la propiedad, por lo demás nuestro Código Penal lo ubica, precisamente entre los delitos que la afectan, y consiste en que una persona se queda para sí cosas ajenas sin cumplir algún deber jurídico que le impone la obligación de entregarlas o devolverlas, es por, ello que la mayoría

²⁸ POLITOFF, *Ob. Cit.*, p. 67.

²⁹ RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel, *Apropiación Indebida de Cotizaciones Previsionales (Ley 17.322, artículo 13)* En Gaceta Jurídica N° 241, Santiago, 2000, pp. 12-16.

de los autores consideran que el bien jurídico protegido es el derecho real de dominio y debe importar una merma real del patrimonio del sujeto pasivo».³⁰

No obstante, algún sector también se ha inclinado —aunque de manera algo más marginal—, a acoger la tesis de POLITOFF, como por ejemplo ha ocurrido en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, del año 2002, en la que expresamente se hace alusión a ella, para fundamentar el fallo.³¹

Nosotros en este trabajo optaremos por seguir el criterio esbozado por RIVACOBA, que expusimos más arriba, en torno a considerar que el bien jurídico protegido es distinto tratándose de la regulación general que sobre la apropiación indebida hace el Código Penal, y aquella especialmente referida a la apropiación indebida de las cotizaciones previsionales. Esto, porque pensamos que en el ámbito general, tal y como expone POLITOFF, no es sólo el propietario quien puede constituirse en sujeto pasivo de este ilícito, sino toda persona que haya entregado bienes a otra, por un título no traslativo de dominio, sino de mera tenencia, que se ve defraudada en su expectativa de ver materializada la restitución. De este modo, lo que se protegería especialmente en este caso sería el vínculo personal que se establece entre ambos sujetos, y

³⁰ CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de junio de 2006, recaída en la causa Rol N° 3763-2003

³¹ CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, Sentencia de 18 de noviembre de 2002, recaída en la causa Rol N° 204458.

no preferentemente la propiedad, sin perjuicio que la protección de esta última pueda resultar como consecuencia mediata de la salvaguardia de aquel derecho personal, si este a su vez recae sobre una persona que, además, es propietaria de la cosa objeto del vínculo.

3. *El sujeto activo*

Aunque la redacción del artículo 470 del Código Penal, pareciera indicar que cualquier persona puede ser sujeto activo de esta clase de delitos, la discusión en torno al bien jurídico que se protege en estos casos, nos pone en la necesidad de hacer algunas observaciones al respecto.

Dado que si consideramos que aquello que en este caso se protege es el vínculo obligacional que existe entre dos sujetos —el derecho personal para exigir la restitución—, entonces para que una persona pueda constituirse en sujeto activo de este delito, además de realizar un acto de apropiación, debe encontrarse en la obligación jurídica de restituir la cosa a quien posee el legítimo derecho de detentarla (sea a título de propiedad, de otro derecho real o de mera tenencia). Es por ello que pensamos que en este caso el sujeto activo no es absolutamente indiferente, sino que se trataría de un sujeto activo especial, pues quien se apropia ilegítimamente, pero no tiene un vínculo jurídico extra-penal que lo obligue a restituir, no comete apropiación indebida, sino

alguna otra clase de delito, como podría ser, por ejemplo, un hurto. Ya que en el hurto, también hay una apropiación indebida de una cosa ajena, pero se diferencia del ilícito del artículo 470 del Código Penal, en que en ese caso la obligación de restituir es netamente penal, y no extra-penal.

Así entonces, como bien señala Miguel SOTO: «observado el problema desde una perspectiva material, sólo quien es titular de dicho ‘especial deber extra-penal’ puede realizar o satisfacer el contenido del tipo que nos ocupa, pues sólo dicho titular u obligado está en posición y, por ende, en posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido, en la forma descrita y por tanto desvalorada en el tipo penal»³².

4. El objeto

En cuanto al objeto sobre el cual puede recaer este delito de apropiación, el artículo 470 del Código Penal es claro al determinar que ello sólo podrá serlo respecto del «dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble». En este punto, el legislador a nuestro juicio incluye en un pleonasma, toda vez que le bastó señalar que el objeto material sólo podría ser un bien mueble, toda vez que tanto el dinero como los efectos, naturalmente lo son.

³² SOTO, *Ob. Cit.*, p. 74.

Respecto a lo que en este ámbito debe entenderse por bien mueble, coincidimos con ETCHEBERRY en que ha de atenderse al concepto penal de bien mueble, y no al que da el Código Civil³³. De acuerdo con ello, será bien mueble «todo objeto corporal que sea ‘movible’, esto es, transportable en el espacio, sin que sea necesario exigir siquiera que este desplazamiento pueda hacerse ‘sin detrimento’, como se dice en el Art. 572 del C. Civil».³⁴ En virtud de esta definición, sólo serían entonces verdaderamente bienes inmuebles las minas y los terrenos, quedando todo el resto de los objetos corporales, en el ámbito de lo mueble, y por tanto pueden ser objeto material de la apropiación indebida.

Ahora bien, no obstante que la doctrina en este punto prescinde completamente de la definición civilista de bien mueble, algunas de las clasificaciones que se dan en aquella área respecto de estos, adquiere relevancia para resolver respecto de algunas situaciones que se pueden presentar en la órbita penal. Así por ejemplo, tratándose de la tradicional distinción que se realiza en sede civil, entre cosas consumibles e inconsumibles, ella tiene utilidad para ayudar a fijar cuando no encontramos frente a un acto de apropiación indebida y cuando no. Así, tratándose de cosas

³³ Una opinión distinta ha sustentado en nuestra doctrina Arturo ALESSANDRI, para quien el contenido de los conceptos civil y penal es el mismo, y por tanto ambos son idénticos. Cuestión respecto de la cual la mayoría de la doctrina se encuentra en desacuerdo. Sobre este punto, ver: ALESSANDRI R., Arturo, *Similitud del Concepto de Cosa Mueble en el derecho Civil y en el derecho Penal*. En «Revista de Ciencias Penales», 2ª época, Tomo VIII. Santiago: Instituto de Ciencias Penales de Chile, pp. 174-182. Y también, POLITOFF, Ob. Cit., pp. 73 y ss.

³⁴ ETCHEBERRY, Ob. Cit., p. 300.

inconsumibles, existirá este delito en todos aquellos casos en los cuales no se haga la restitución en especie, de las mismas cosas que fueron objeto del vínculo jurídico extra-penal existente entre sujeto activo y pasivo. Sin embargo, respecto de los bienes consumibles, será necesario distinguir si la entrega de ellos ha sido hecha o no para darles el destino natural que corresponda a su naturaleza. Si así ha sido, entonces no existirá incumplimiento sino en aquellos casos en que el sujeto pasivo del vínculo civil, se niegue ilícitamente a restituir otras tantas cosas de la misma naturaleza y calidad que las recibidas, toda vez que al destruirse los bienes consumibles con su primer uso, entonces no puede esperarse que quien haya recibido estos objetos restituya exactamente los mismos, ya que en este caso, al permitírsele usar de ellos de acuerdo a su destino natural, desde el principio, se entiende que ha operado una especie de tradición respecto de ellos, transfiriéndose la facultad de disponer de estos hasta el momento fijado para realizar la restitución; o bien hasta cuando el sujeto activo de la relación civil así lo decida, si el título con el que se han transferido los bienes ha sido de mera tenencia. De ahí entonces, que en esta situación, no es posible nunca hablar de apropiación indebida, sino que sólo existiría un mero incumplimiento contractual de no pagar lo debido.

Por otro lado, tratándose de la distinción entre bienes fungibles y no fungibles, se entiende que respecto de los primeros, dado que las cosas son genéricas, y pueden intercambiarse fácilmente unas con otras (como por

ejemplo ocurre con el dinero), sólo surge para el sujeto pasivo de la relación civil la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad, produciéndose de este modo la tradición a favor del obligado, quien únicamente cometerá el delito —transformándose en sujeto activo de la apropiación indebida—, si omite restituir las cantidades recibidas, una vez exigida la correspondiente cuenta.³⁵

A este respecto ETCHEBERRY afirma: «tratándose de las cosas no fungibles, el delito puede consumarse de dos maneras o en dos momentos: 1) con la sola apropiación, si con ella la restitución se hace imposible (v. gr., se ha enajenado o destruido la cosa), y 2) Con la negativa a restituir si se trata simplemente de quedarse con la cosa (apropiación omisiva). En cambio, tratándose de las cosas fungibles, el delito sólo se consuma con la negativa a restituir, puesto que hasta ese momento siempre está presente la posibilidad de entregar o devolver una cantidad equivalente de cosas, con lo cual no desaparece ciertamente la apropiación, pero se evita que surja el perjuicio, indispensable para que haya delito»³⁶.

³⁵ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, Ob. Cit., p. 458.

³⁶ ETCHEBERRY, Ob. Cit., pp. 427-428.

5. La tenencia de la cosa

Para que exista apropiación indebida es necesario que quien se transforma en sujeto activo de este delito haya adquirido previamente, y en virtud de un título lícito, la tenencia material de la cosa apropiada, por cuanto si dicha tenencia se adquirió por medios ilegítimos, estaremos entonces en presencia de otra clase de delito, como podría ser hurto o robo, y no de una apropiación indebida.

Quien ostenta la tenencia de la cosa en este caso es sólo un mero tenedor, en los términos señalados por el artículo 714 del Código Civil, es decir, la ostenta «no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño»³⁷, o dicho en otros términos: la detenta reconociendo dominio ajeno.

No obstante, no basta con la sola tenencia material del objeto —en la medida que esta no implique poder alguno sobre ella—, sino que es menester la concurrencia de lo que en doctrina se ha denominado: *tenencia fiduciaria* de la cosa³⁸. Esto es, se requiere que el sujeto que la entrega se desprenda no sólo de la tenencia material de ella, sino que además debe entregar su custodia, confiándosela a otro, quien gozará de autonomía o poder discrecional

³⁷ CÓDIGO CIVIL, artículo 714, inciso 1º.

³⁸ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Ob. Cit.*, p. 459.

para desempeñar su encargo o ejercitar sus derechos.³⁹ No obstante, es importante resaltar que quien recibe con este carácter nunca adquirirá la posesión regular de la cosa —y menos aún su dominio— toda vez que es esencial que quien recibe lo haga reconociendo derecho ajeno sobre aquella, cuestión que excluye por tanto la posesión ya que en nuestro medio, por disposición del artículo 700 del Código Civil, se entiende que el poseedor, además de ostentar la tenencia material debe hacerlo con ánimo de señor y dueño, cuestión a la que no habilita ninguno de los títulos idóneos para configurar la apropiación indebida, que sólo otorgan la mera tenencia.

6. El perjuicio

El texto de la ley expresamente exige la concurrencia del perjuicio para que se produzca la configuración del ilícito. En este caso, y de acuerdo a la tesis dominante en la materia, por perjuicio deberá entenderse un «perjuicio económico-patrimonial», no bastando por tanto la concurrencia de un perjuicio de otra índole —como podría ser un perjuicio moral— para que se cumplan las exigencias de este delito.

Ahora bien, en doctrina se discute acerca de si este requisito dispuesto por el Código constituye parte integrante del tipo penal, o si es más bien una

³⁹ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p. 431.

condición objetiva de punibilidad, y por tanto una condicionante que tiene por objeto limitar el ámbito de lo penalmente ilícito.

En este sentido, para quienes siguen la tesis dominante que considera como bien jurídico protegido por este delito a la propiedad, el perjuicio será siempre parte integrante del tipo delictivo, en tanto la lesión del derecho de dominio sólo existirá en la medida en que se haya producido un perjuicio: «Si el delito estuviera consumado con la sola apropiación o distracción sin perjuicio, no habría ningún bien jurídico lesionado».⁴⁰ De ahí se desprende que la sola privación de la tenencia no es suficiente para satisfacer las exigencias del tipo, en tanto ella siempre deriva de un acto voluntario de quien posee el derecho legítimo sobre el bien —si la privación de la tenencia de la cosa ha sido involuntaria, entonces nos encontraríamos en presencia de otro delito, como hurto o robo, pero no de una apropiación indebida—.

En la tesis contraria, enarbolada en nuestra doctrina por POLITOFF y seguido, entre otros, por SOTO, el requisito del perjuicio viene a satisfacer una necesidad político-criminal, de restringir adicionalmente la punibilidad de la conducta.⁴¹ Dado que el elemento objetivo del tipo ya se encuentra plenamente satisfecho con la concurrencia de la apropiación, pero como en este caso el

⁴⁰ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p. 429.

⁴¹ POLITOFF, *Ob. Cit.*, pp. 260 y ss.; SOTO, *Ob. Cit.*, pp. 67 y ss.

juicio de desvalor es naturalmente menor que el que concurre tratándose de otros delitos de apropiación —como el hurto o el robo— el legislador habría introducido el requisito del perjuicio a fin de que la sanción fuera atribuida a una exigencia psicológica adicional, que importa una atribución subjetiva de dicho resultado «a quien tiene el dominio de la acción, en el ámbito del dolo y no, por el contrario, en el ámbito objetivo-normativo, donde dicho resultado debe ser imputable a la acción típica, la ‘apropiación’ y no a otra lesión o ataque a un específico ‘valor patrimonial’, distinto de la ‘apropiación’ de la ‘cosa’ que era objeto de la obligación de ‘entregar’ o ‘devolver’». ⁴² De este modo, el delito no se consuma con la sola apropiación o distracción, sino con la negativa del sujeto activo a devolver la cosa en el momento en que dicha devolución se hace exigible, y siempre que se produzca un verdadero perjuicio. Y además, este perjuicio debió ser parte de la representación del sujeto activo, es decir, este debió estar en conocimiento que de la apropiación se devendría a su vez un perjuicio.

Esta distinción no es del todo baladí, toda vez que de la adopción de una de estas tesis resultan importantes consecuencias. Así, por ejemplo, si se acepta la premisa de que el perjuicio es parte integrante del tipo penal, comprobándose la concurrencia de apropiación y perjuicio, la conducta será punible, y ello pese a que la producción de este haya estado fuera de la

⁴² SOTO, *Ob. Cit.*, pp. 70-71.

intención y de la representación del sujeto activo «ya que las condiciones de punibilidad, según se ha dicho, no necesitan ser abarcadas por el dolo del agente»⁴³.

Por el contrario, si se acepta la opción de entender al perjuicio como una condición objetiva de punibilidad, entonces la conducta sólo será punible en la medida en que se pruebe que ha existido una intención —o la representación— de causar perjuicio al sujeto pasivo. Y así, en la medida en que no hay perjuicio —así entendido—, no deberá imponerse pena alguna, ni aún a título de delito frustrado o tentativa, ya que se exige a este respecto que el perjuicio sea imputable objetiva y subjetivamente⁴⁴.

En cuanto a esta última tesis —que en lo sustancial compartimos, tratándose del delito general de apropiación indebida, aunque no necesariamente del especial referido a la apropiación de cotizaciones previsionales, como veremos más adelante—, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ dan el siguiente ejemplo: dada la entrega de una especie o cuerpo cierto, como por ejemplo puede ser un caballo de carrera, y al momento de producirse la restitución, el obligado a ella responde con otro caballo, de mejor calidad o raza, no se configurará el delito aún cuando al momento de hacer la entrega, quien la

⁴³ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p. 428.

⁴⁴ SOTO, *Ob. Cit.*, pp. 70-72.

materializa lo haga con evidente *animus rem sibi habendi* (ánimo de señor y dueño) y no tenga la intención de que dicha sustitución se produzca⁴⁵. Esto, porque se entiende que quien soluciona la obligación con un objeto «mejor» que aquel a que estaba obligado, —aún cuando la obligación haya recaído sobre un objeto o cuerpo cierto— no ha tenido la intención de causar perjuicio, aún cuando quien recibe no se encuentre plenamente conforme con el cambio —y ello empero las responsabilidades civiles que puedan caber por no cumplir la obligación en la forma en que ella estaba pactada—. De ahí entonces, que no sea posible ni la tentativa ni la frustración en estos casos.

7. La conducta punible

Respecto de la conducta penalmente relevante en esta clase de ilícitos, la ley hace referencia a dos verbos rectores: apropiar y distraer.

La **apropiación** debe entenderse como el apoderamiento material de una cosa con ánimo de señor y dueño (*animus rem sibi habendi*). De ahí que se exija como presupuesto para que éste se configure —al igual que en el hurto— de la presencia copulativa de dos elementos: de una parte uno objetivo, constituido por el apoderamiento material de la cosa, y de otra, uno subjetivo, el comportarse como si se tuviera el dominio absoluto sobre ella.

⁴⁵ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Ob. Cit.*, p. 460

Respecto del primero de ellos, este delito presenta la particularidad de que la cosa ya se encuentra en poder del sujeto activo del delito, quien la detenta por un título legítimo —ya que si el apoderamiento de ella fuera originalmente ilícito estaríamos en presencia de otro delito, como el hurto—. Es por ello que se entiende que este apoderamiento material de la cosa se puede exteriorizar por otros medios distintos de la apropiación física de ella, v. gr.: realizar actos de disposición que sólo son permitidos para quien posee el dominio de la cosa, y a los cuales el título por el que se ha adquirido su tenencia material no da derecho. O bien puede consistir en la mera negativa a efectuar la restitución o entrega, en el tiempo y forma que se ha convenido para ello, y una vez esta ha sido exigida. Esto último es importante tenerlo presente, ya que el mero retardo en realizar la restitución, reconociendo dominio ajeno, no habilita para perseguir la responsabilidad penal por apropiación indebida. Asimismo, tratándose de cosas fungibles —entregadas en esa calidad—, no se entenderá que existe la concurrencia del elemento material que la apropiación exige, sino hasta cuando no se realiza la restitución al momento de pedirse la cuenta correspondiente, ya que durante todo el tiempo intermedio, el tenedor podrá disponer de ellas, como si del dueño se tratara, ya que su obligación en este caso sólo consiste en restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad que las recibidas, y no en restituir una cosa en específico, individualmente determinada. Así, quien recibe, por ejemplo, dinero en depósito,

no incurrirá en apropiación indebida sino hasta que se le exige su entrega, y aún cuando en el tiempo intermedio haya hecho uso de este dinero para cualquier otro fin.

Por su parte, en lo que se refiere al *animus rem sibi habendi*, ello se traduce en el hecho de que quien detenta la cosa deja de reconocer su carácter de «ajena», y comienza a comportarse como si se tratara del dueño. Este requisito tiene sentido en la medida de que, como hemos dicho, el sujeto activo del ilícito penal (y pasivo de la obligación que ha dado origen a la entrega) es un mero tenedor, que reconoce que la cosa pertenece a otro. Y esto último, independiente de que quien haya hecho la entrega sea o no efectivamente el dueño de ella, cuestión que en este caso es indiferente. Por tanto, el mero tenedor no podría excusarse de su incumplimiento, por ejemplo, aduciendo que desconoce el dominio de quien le ha hecho la entrega, o diciendo que quien le hizo esta es sólo un usufructuario, y no el propietario de la cosa.

El otro verbo rector que usa el artículo 470 se refiere a la «*distracción*».

Distraer es un término de poca precisión que la ley no define, y que en su acepción más general se entiende como «dar a la cosa un uso o destino diferentes de los que le están asignados».⁴⁶ En función de esto, habría también apropiación indebida en aquellos casos en que el sujeto activo de esta le da al

⁴⁶ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p. 425.

bien un uso distinto a aquel a que estaba autorizado en virtud del título por el cual adquirió la tenencia de él, y que le obligaba a restituirlo en su debido momento. De ahí que como señalan POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, la distracción no concurre tratándose de cosas fungibles, por cuanto respecto de estas, el tenedor, salvo disposición expresa en contrario, está facultado para utilizarlas, incluso dándoles un uso totalmente diverso de aquel para el que le fueron entregadas, por cuanto su única obligación es restituir otras tantas de la misma calidad y cantidad, al momento en el que le sea exigida la cuenta.⁴⁷ A nuestro juicio, si llegado ese momento el tenedor no procede a realizar la restitución, y de ello se deriva perjuicio para el sujeto activo de la obligación civil, sólo entonces podrá existir un comportamiento ilícito sancionado por el artículo 470 del Código Penal, pero por apropiación y no por distracción.

8. Títulos idóneos

Por título idóneo debemos entender «la fuente, causa o razón jurídica de aquel ‘poder de hecho no usurpado’ que condiciona la aparición de esta forma de delito»⁴⁸. Es decir, son los antecedentes que constituyen la causa mediata por la que se ha adquirido la tenencia de los bienes que se deben restituir, y que, en caso de incumplimiento, habilitan al sujeto pasivo de este delito —

⁴⁷ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, *Ob. Cit.*, p. 460

⁴⁸ POLITOFF, *Ob. Cit.*, p. 155.

concurriendo todos los demás requisitos que la ley exige— para impetrar la correspondiente acción penal por apropiación indebida, en contra de quien no ha dado cumplimiento a su obligación civil, causando con ello perjuicio a quien ha realizado la entrega.

En el artículo 470, el Código Penal se refiere a tres tipos de títulos que son idóneos como fuente remota del delito de apropiación indebida, no obstante, dicha enumeración en modo alguno es taxativa, toda vez que en la parte final del inciso 1º de dicha disposición, se hace además mención de: *todo otro título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa*.

Los títulos que el artículo 470 menciona expresamente son: el depósito, la comisión y la administración.

El primero de los títulos a que hace referencia el artículo 470 es el **depósito**, el cual, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2.211 del Código Civil es un contrato real en virtud del que «se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie»⁴⁹. El depositario —que es siempre un mero tenedor— está obligado a la restitución

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL, artículo 2.211, inc. 1º.

de la misma cosa que se le ha confiado, aún en los casos en que esta sea fungible.⁵⁰

Tratándose de aquellas relaciones jurídicas cuyo antecedente es un contrato de depósito, podrá haber apropiación indebida en todos aquellos casos en que el depositario pretenda hacer apropiación de los bienes entregados en depósito, y también cuando pretenda distraerlos, salvo que el depositante lo haya autorizado expresamente a hacer uso de los bienes recibidos.

Por su parte, aunque la ley impone que se restituyan las mismas cosas que fueron recibidas, incluso si estas son fungibles, como además también exige la concurrencia de un perjuicio para que pueda configurarse la apropiación indebida, el depositario podrá —tratándose de esta última clase de bienes—, evitar la sanción penal restituyendo cosas de igual calidad y cantidad que las recibidas, ya que en este caso se entiende que no concurriría un perjuicio penalmente relevante.⁵¹

Una situación especial la constituye el llamado *depósito irregular*, a que se refiere el artículo 2.221 del Código Civil. De acuerdo a esta disposición: «En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá

⁵⁰ CÓDIGO CIVIL, artículo 2.228.

⁵¹ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p. 432.

que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda»⁵². De ahí entonces que se sostenga que tratándose del depósito irregular, este constituye una especie de título traslativo de dominio, en virtud del cual el depositante cambia su derecho real de dominio sobre las especies monetarias por un derecho personal o crédito contra el depositario para exigir un pago o contraprestación, y por tanto este título no sería idóneo para dar origen a una apropiación indebida.⁵³

En lo que respecta a los otros títulos mencionados por el artículo 470, — la *comisión* y la *administración*—, ellos no son sino especies dentro de una categoría más general como es el **mandato**.

Este es un contrato, en virtud del cual «una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera»⁵⁴.

Dado que como indica el artículo 2.132 del Código Civil, el mandato no confiere al mandatario más que el poder de realizar actos de administración, y requiere autorización especial para llevar a cabo cualquiera otra gestión, los bienes que el mandante entrega al mandatario continúan dentro del patrimonio

⁵² CÓDIGO CIVIL, artículo 2.221.

⁵³ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p. 433.

⁵⁴ CÓDIGO CIVIL, artículo 2.116

de aquel, y el mandante no puede apropiárselos ni darles un uso distinto al necesario para el negocio encargado. En caso contrario, y si de ello se deriva perjuicio para el mandante, podrá el mandatario incurrir en el delito de apropiación indebida.

En lo que respecta a las cosas fungibles que se entregan en virtud del mandato, parte de la doctrina sostiene que en esos casos dicho contrato se transformaría en una especie de título traslativo de dominio, y que por tanto el mandante sólo podría impetrar en contra del mandatario las correspondientes acciones civiles de indemnización de perjuicios, para el caso de que aquel se quedare con el dinero entregado. Sin embargo, creemos que esta interpretación sólo será válida si en el mismo contrato de mandato se ha especificado que el mandante puede hacer uso personal de los bienes fungibles que ha recibido — el caso más clásico es el dinero que se recibe para poder materializar los actos de administración—, y que si no cuenta con dicha autorización, no podrá lícitamente hacer uso de aquellos. Es decir, en esta materia el mandato no se apartaría de las reglas generales de la apropiación indebida que venimos estudiando, ni siquiera tratándose de cosas fungibles. Como señala ETCHEBERRY: «El mandatario no está autorizado para hacer uso de las especies que se le entreguen, sino que debe darles el uso y destino indicados por el mandante: si se las apropia o les da otros, comete este delito. Lo que a menudo ocurre tratándose de dinero, es que llegado el momento de la devolución o

entrega o de la rendición de cuentas, el mandatario restituye el dinero ocupado indebidamente, y entonces evita que surja el perjuicio, con lo cual no se consuma el delito.»⁵⁵

Esta interpretación iría en concordancia con lo que la Corte de Apelaciones de Concepción ha resuelto tratándose del mandato. En un fallo de 20 de noviembre de 2007, este tribunal sostuvo que: «Tratándose de dinero, como las especies monetarias son consumibles (fungibles), sólo puede hablarse de apropiación indebida de ellas cuando el dinero se ha recibido por un título que impida al tenedor usarlo libremente, esto es, que le prohíba todo uso o le imponga un uso determinado.»⁵⁶

De acuerdo con lo anterior, en el caso del mandato, ya que por disposición de la ley el mandante adquiere los bienes con la afectación específica de destinarlos a los fines del contrato, habrá entonces apropiación indebida, incluso cuando los bienes sean cosas fungibles, si el mandatario los destina a otros objetos distintos que el cumplimiento de su obligación. Salvo claro, que haya sido autorizado para ello por el mandante. Pero esto es algo que la ley no presume, sino que deberá quedar expresamente plasmado en las cláusulas del contrato que se haya celebrado entre mandante y mandatario, o

⁵⁵ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, p 433.

⁵⁶ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 20 de noviembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 219-2006

bien, el primero deberá probar por otros medios que ha sido autorizado por el mandante a hacer uso de estos bienes.

Finalmente, como ya hemos apuntado más arriba, el artículo 470 del Código Penal no es taxativo en la enumeración de los títulos que pueden servir de antecedente para configurar la apropiación indebida, por tanto podrá serlo: todo aquel en virtud del cual se imponga al obligado civilmente, la necesidad de restituir la cosa que ha recibido, y siempre y cuando dicho título lo transforme en un mero tenedor y no en un poseedor de la cosa recibida. Esto podrá ocurrir, por ejemplo, tratándose de contratos como el comodato, el arrendamiento de cosas muebles, la prenda, etc. No obstante, en todos estos casos deberá realizarse un examen práctico a objeto de determinar si quien recibe lo ha hecho a título de mero tenedor o de poseedor, cuestión que deberá ser determinada caso a caso. Ya que, por ejemplo, tratándose del arrendamiento de servicios «sólo podrá originar una apropiación indebida el caso en que una persona que encarga la obra suministre al artífice los materiales, pues en caso contrario el contrato es de venta y no puede haber apropiación indebida. Incluso en el evento citado habrá que examinar la situación concreta, pues es posible que el artífice trabaje dentro de la esfera de custodia y vigilancia del

arrendatario de sus servicios, y en tal circunstancia habrá generalmente hurto».⁵⁷

Por su parte, en otros contratos, como el mutuo, en que el sujeto pasivo de la obligación civil se encuentra también en la necesidad de restituir, no podrá existir apropiación indebida si, además de dicha obligación, el título no ha transformado al obligado en un mero tenedor sino en un poseedor, con derecho incluso disponer de ella, ya que en esa situación faltaría uno de los elementos centrales de este delito.⁵⁸

Una situación especial es la que ocurre tratándose del delito de apropiación indebida referida al no pago de cotizaciones previsionales. En este caso, si bien el objeto sobre el que recae constituye bienes fungibles (más específicamente dinero), se entiende que el empleador no se hace dueño de ellos, sino que es un mero tenedor, en virtud del título por el cual adquiere la tenencia —la ley—, y por tanto se hace aplicable a su respecto este ilícito, pero no en su figura general del artículo 470 N° 1 del Código Penal, sino en una especialmente consagrada al efecto en el ámbito laboral y de la seguridad social.

⁵⁷ ETCHEBERRY, *Ob. Cit.*, pp. 434-435.

⁵⁸ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 20 de noviembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 219-2006

Sobre esta clase especial de apropiación indebida, es que trataremos a continuación.

CAPÍTULO III: APROPIACIÓN INDEBIDA POR NO PAGO DE COTIZACIONES PREVISIONALES

1. *Preliminares*

En nuestro país, la introducción de la apropiación indebida de cotizaciones previsionales como un tipo penal especial, no se produciría sino hasta la dictación del DL 3.500, que vino a instaurar en Chile un nuevo régimen previsional. Ello, porque hasta antes de ocurrido esto, los dineros recabados de los aportes previsionales retenidos de los sueldos de los trabajadores iban a parar a un fondo común, caso en el cual —como veremos más adelante— no es adecuado hablar de apropiación indebida, por cuanto faltan elementos importantes para configurar dicho ilícito, y que ya se encuentran recogidos en la figura general del artículo 470 del Código penal. Requisitos que por lo demás, salvo algunas modificaciones, guardan una debida identidad con la figura típica especial cuyo estudio trataremos en adelante.

Con posterioridad, la ley 17.322, en su artículo 13, modificado por la ley 19.260 de 1993, vino a su vez a sancionar una vez más la apropiación indebida de cotizaciones previsionales, en una norma de idéntica redacción a la existente en el inciso final del artículo 19 del DL 3.500, con la cual, por tanto, guarda una total identidad —aunque su ámbito de acción es más amplio que el de aquella, toda vez que se aplica a todo tipo de cotizaciones y no sólo a aquellas destinadas a ser enteradas en el fondo de capitalización individual de pensiones.

Según el artículo 19 del DL 3.500 y 13 de la ley 17.322, «se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador.»

Como podemos observar, estos preceptos legales no fijan una pena específica para el delito que en ellos se tipifica, sino que sobre este punto remiten al artículo 467 del Código Penal —igual que hace el artículo 470 del Código Penal—, referido a la estafa. De acuerdo con esta disposición, las penas a aplicar en estos casos serían entonces las de:

- Presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la

defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

- Presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
- Presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
- Finalmente, si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

La razón que llevó al legislador a introducir normas como estas, fue otorgar una herramienta que permitiera asegurar el derecho de los trabajadores a ver enteradas en sus respectivas cuentas previsionales, los dineros que efectivamente son retenidos por el empleador, pero que muchas veces luego no son depositados en la institución correspondiente, lo cual le crea graves perjuicios a estos, quienes pueden ver al momento de jubilar, que presentan

grandes lagunas en sus aportes previsionales o incluso una total ausencia de ellos durante una buena parte de su vida productiva, cuestión que, por ejemplo, tratándose de los fondos de pensiones, puede redundar en un menor ingreso al momento de jubilar; o respecto de las cotizaciones de salud, puede significar que no pueda acceder a los beneficios de su ISAPRE por no encontrarse al día en sus cotizaciones.

Pese a que la ley nacional sobre este punto dista de ser perfecta, ella sin duda representó un avance respecto de lo que ocurría en otras legislaciones — que muchas veces nos sirven como modelos—, y en las que la tipificación de los delitos de la seguridad social, y particularmente el de apropiación indebida, genera grandes problemas, o incluso discusiones eternas acerca de si es procedente o no aplicar este figura penal al ámbito previsional.

Así por ejemplo, en Argentina, sólo en el 2005 se introdujo una disposición especial a través de la que se tipificó la apropiación indebida de las cuotas de seguridad social, para el caso de que los empleadores procedieran a su retención y luego no las pagaran.

La norma del inciso 1º del artículo 9 de la ley 24.769, modificada por la ley 26.063, de 9 de diciembre de 2005, dispuso en el vecino país que el empleador que no depositare total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes

retenidos a sus dependientes, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años; siempre y cuando el monto de lo retenido y no enterado superara de 10 mil pesos argentinos, por cada mes.

La norma anterior, hasta antes de ser modificada, sólo hacía referencia al agente de retención de aportes del sistema de seguridad social nacional y a un monto de \$5.000, por cada período, como única condición objetiva de punibilidad, por lo que luego de la reforma, la norma ganó bastante en complejidad, particularmente desde el momento en que expresamente se hace responsable al empleador por este tipo de ilícito, aunque se siguió manteniendo el criterio de limitar su ámbito de aplicación a sólo los casos en que las retenciones superaran un determinado monto, que se subió de 5 a 10 mil pesos argentinos por cada mes (la norma anterior hablaba de período y no de mes).

Por su parte en España, aún se sigue discutiendo acerca de si es procedente o no aplicar las normas de apropiación indebida cuando el objeto sobre que recae corresponde a las cuotas del seguro obrero. Hasta antes de adoptado el nuevo Código Penal de 1995, en ese país, pese a las constantes y extensas discusiones de la doctrina sobre este punto —que hacía especial hincapié en un presunta transgresión al principio de legalidad—, la jurisprudencia había ido acrisolando el criterio de que era apropiado hacer aplicación a estos casos de la norma del artículo 535 del Código Penal, que tipificaba ese delito, y eso pese a que en ella se hacía expresa mención a la

necesidad, como elemento para perfeccionar el tipo, de un previo desplazamiento del bien que hiciera posible la receptación de él en manos de quien lo adquiriría como simple poseedor. De ahí que se recurrió al uso de una ficción legal en virtud de la cual se entendía que al momento de devengarse la obligación de enterar los bienes en la institución correspondiente, se producía una especie de virtual desasimio del bien —en este caso las cotizaciones—, en razón del cual el empleador pasaba de dueño a mero tenedor de estos.⁵⁹

Como se dijo, la solución propuesta anteriormente fue objeto de críticas, en cuanto con ello se entendía que por la vía de la interpretación y la analogía se estaba estableciendo un nuevo tipo penal, hecho que repugna a los principios fundamentales del ámbito criminal en todo Estado de Derecho democrático.

Con posterioridad, mediante la Ley Orgánica 6/1995, se introdujo a la legislación penal española un nuevo artículo 349 bis —posteriormente recogido casi sin modificaciones por el actual artículo 307 del Código Penal de España—, a través del cual se sancionaba en específico la defraudación a la seguridad social, lo que trajo como consecuencia que la discusión girara desde entonces en torno a si lo adecuado era hacer aplicación de esta norma nueva, o bien se

⁵⁹ Sobre este punto Vid, CONDE-PUMPIDO, *Ob. Cit.*, pp. 75 yss.

debía seguir aplicando la norma de la apropiación indebida del artículo 535 (actual artículo 252 del Código Penal de España).

En lo pertinente, la actual norma del artículo 307 del Código Penal español, Ley Orgánica 10/1995, se expresa del siguiente modo:

«El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.»

Ahora bien, a fin de zanjar al menos en parte esta discusión, el 19 de febrero de 1996 la Fiscalía General del Estado, a través de la Consulta 2/1996, sostuvo que lo adecuado era aplicar no la norma general sobre apropiación indebida del artículo 535, sino la nueva figura especial del artículo 349 bis — actual artículo 307—, por cuanto, a su entender, esta incluía la defraudación tanto de la cuota empresarial como de la cuota obrera. En particular sostuvo este organismo que: «el impago de la cuota obrera de la Seguridad Social ha de ser calificado, en todo caso, a través del art. 349 bis del Código Penal (art. 307 del Código Penal de 1995), siempre que se cumplan los requisitos típicos de tal

precepto y en particular que el importe global de la defraudación (por los diversos conceptos) sea superior a 15.000.000 pts [120.000 euros] en los términos previstos en el art. 349 bis.2»⁶⁰

Sin embargo, pese al pronunciamiento de la Fiscalía General, hay autores como CONDE-PUMPIDO, para quienes mientras no exista un pronunciamiento definitivo del Tribunal Supremo, las dudas sobre esta interpretación seguirán subsistiendo, por cuanto «las apropiaciones de cantidades retenidas del total de la suma a satisfacer en un pago para destinarlas a ser abonadas a un tercero, aunque se trate de sumas retenidas para el pago de una deuda tributaria o de la cuota obrera de la Seguridad Social, satisfacen el tipo del art. 252 y esa conducta debiera ser castigada como apropiación indebida.»⁶¹

A nuestro entender en Chile no tenemos estos problemas, toda vez que resulta claro que la figura penal típica a aplicar en estos casos es la del artículo 19 del DL 3.500 y artículo 13 de la ley 17.322, las cuales notoriamente corresponden al delito de apropiación indebida; el cual, no obstante y como veremos en los siguientes párrafos, guarda algunas particularidades y

⁶⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, España, Consulta 2/1996, de 19 de febrero de 1996, *El Impago de la Cuota Obrera de Seguridad Social: Su Consideración Penal*, disponible en: <http://www.fiscalia.org/circulares/cons2-96.htm>

⁶¹ CONDE-PUMPIDO, Ob. Cit., p. 86.

diferencias con la figura general de apropiación indebida del Código Penal de que tratamos en el Capítulo II.

2. El bien jurídico protegido

Como ya antes hemos apuntado, RIVACOBBA llama la atención sobre el hecho de que una de las mayores diferencias entre el delito de apropiación indebida general del artículo 470 del Código Penal, y aquel consagrado en el ámbito laboral, viene determinado porque, en el último, no cabe discusión acerca de cuál es el bien jurídico que el legislador ha pretendido cautelar con este tipo penal⁶².

En efecto, mientras que en el ámbito penal general es posible sostener diferencias doctrinarias en torno a si lo que el artículo 470 protege es la propiedad en particular o el patrimonio en general (cuestión sobre la cual, nosotros hemos optado por acoger esta última doctrina, siguiendo para ello, lo expuesto en el medio nacional por POLITOFF y SOTO⁶³); en lo que se refiere al medio de la seguridad social, no cabe duda que lo protegido en específico es la propiedad. Y esta última, no en el sentido genérico que emplea el Código Penal en el Título IX del Libro II, sino en el más estricto que emplea el Código Civil en

⁶² RIVACOBBA, *Ob. Cit.*, p. 13

⁶³ Vid *supra*, Capítulo II.2

su artículo 582, es decir, «el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno»⁶⁴.

Las razones que nos llevan a acoger esta afirmación son las siguientes:

- 1) Es evidente que el objeto material sobre el que recae la apropiación indebida en este caso son las cotizaciones previsionales, las cuales son sumas de dinero descontadas desde el salario del trabajador;
- 2) Dado lo anterior, y la forma en que está redactada la norma, tanto en el artículo 19 del DL 3.500 como en el artículo 13 de la Ley 17.322, el directamente afectado por este ilícito siempre será el trabajador o sus derechohabientes, es decir, siempre habrán de ser los titulares del derecho de dominio sobre la cosa, en este caso, los dineros descontados por concepto de cotizaciones previsionales;
- 3) Finalmente, dada la forma en que está organizado el actual sistema previsional chileno —establecido sobre la base de un sistema de capitalización individual, formado por las

⁶⁴ CÓDIGO CIVIL, artículo 582, inc. 1º

sucesivas deducciones del salario del trabajador—, no cabe duda respecto de que los dineros ingresados en dicho fondo son de propiedad del trabajador, y por tanto es el dominio el directamente amenazado cuando se ha procedido a realizar estos descuentos y luego ellos no han sido enterados en la cuenta del trabajador.

Ahora bien, respecto de este último punto, es importante señalar que la situación es distinta en sistemas en que las cotizaciones recavadas de los trabajadores van a parar a un fondo común —como ocurría anteriormente en Chile, bajo el sistema de reparto—. Porque en este caso una vez enterados los dineros, dejan de ser de propiedad del trabajador y pasan a serlo del fondo, el cual estará afecto a subvenir las necesidades de sus imponentes, según ciertas reglas y necesidades que imponga la normativa que regule su funcionamiento. Si bien este sistema aún subsiste en nuestro medio respecto de las cotizaciones de determinados trabajadores, por su carácter marginal no será objeto de análisis en el presente estudio. Además, en este caso, su regulación jurídica es distinta, ya que las normas referidas a la apropiación de cotizaciones previsionales se refiere en particular a los sistemas de capitalización individual que contempla el nuevo sistema vigente en Chile, regulados por el DL 3.500 y la Ley 17.322, y por otra parte, porque como bien señala RIVACOBA, en el caso del sistema de fondo común, «un delito semejante no podría atender más que

contra los recursos económicos y el normal funcionamiento del instituto de previsión»⁶⁵.

3. Sujetos que intervienen en el delito de apropiación indebida por no pago de cotizaciones previsionales

3.1. El sujeto activo

Aún cuando pareciera lógico pensar que es siempre el empleador el sujeto activo de esta clase de delitos —y puede que habitualmente así lo sea— un análisis más acabado de las normas tanto del DL 3.500 como de la ley 17.322, así como de los principios que rigen en materia penal, nos indican algo distinto.

El inciso 1º del artículo 19 del DL 3.500 señala que son tres los sujetos obligados a enterar el pago de las cotizaciones previsionales: el empleador, el trabajador independiente y la entidad pagadora de subsidios.

Respecto del trabajador independiente, queda claro que éste nunca podrá cometer el delito de apropiación indebida, ya que en su caso falta un elemento fundamental del tipo, cual es el poseer los dineros para ingresar por concepto de pago de cotizaciones a título de mera tenencia. El trabajador

⁶⁵ RIVACOBÁ, *Ob. Cit.*, p. 13

independiente que no paga sus cotizaciones, no está cometiendo apropiación, toda vez que los dineros en este caso le pertenecen en dominio, no es un mero tenedor de ellos.

Tratándose del empleador, la ley es clara al establecer respecto de él la obligación de retener y enterar en la institución correspondiente las cotizaciones previsionales del trabajador⁶⁶. Y en caso de no cumplir con este deber, le impone varias sanciones, las que incluyen el pago de una multa, intereses penales⁶⁷, o incluso la posibilidad de ser apremiado con arresto si no consignare las sumas descontadas y no pagadas «dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas»⁶⁸.

Ahora bien, la ley 17.322 en su artículo 22, realiza una precisión respecto del DL 3.500, en cuanto a sobre quién recae la obligación de retener y pagar, ampliándola no sólo a los empleadores, sino también a sus «representantes legales, mandatarios y trabajadores que, por cuenta de ellos descuenten de las remuneraciones de sus trabajadores cualquiera suma a título de cotizaciones,

⁶⁶ DL 3.500, artículo 19, inciso 2º.

⁶⁷ DL 3.500, artículo 19.

⁶⁸ LEY 17.322, artículo 12.

aportes o dividendos de las obligaciones de éstos a favor de las instituciones de seguridad social»⁶⁹. No obstante, en la norma del artículo 12 antes citada, no se hace esta distinción, por lo que la sanción recaerá sobre el empleador, aún cuando el incumplimiento de la obligación de retener y pagar se haya producido debido a la responsabilidad de alguna de las otras personas que enumera el artículo 22.

Sin embargo tratándose de la sanción por el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, pensamos que el asunto es distinto. El responsable habrá de ser quien tuvo la obligación de pagar las cotizaciones y se apropió de ellas, aunque sea una persona distinta del empleador. Creemos que respalda nuestra opinión el hecho de que, a diferencia de la norma del artículo 12 de la ley 17.322, el artículo 13 de la misma ley —igual que el artículo 19 del DL 3.500— se expresa en términos muchos más amplios, señalando que se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal «al que en perjuicio de...»; es decir, no se restringe la posibilidad de ser sujeto activo de este delito sólo al empleador, como si se hace respecto de la sanción del artículo 12 de la ley 17.322.

Por otro lado, también apoya esta interpretación, una máxima presente en todo Estado Democrático de Derecho, de acuerdo a la que se entiende que

⁶⁹ LEY 17.322, artículo 22.

la responsabilidad penal es siempre personal, y por tanto no se debe responder penalmente por el hecho ajeno, como ocurriría por ejemplo si la apropiación de las cotizaciones es realizada por un representante del empleador o por uno de sus dependientes, sin que aquel haya tenido participación alguna en el hecho.

Finalmente, en lo que se refiere a la obligación de declarar y pagar las cotizaciones que recae sobre la entidad pagadora de subsidios, es necesario tener presentes las siguientes cuestiones:

En primer lugar, habrá que determinar si los dineros que la entidad gestiona, y con el cual debe proceder tanto al pago del subsidio como de las cotizaciones, pertenecen o no en propiedad al trabajador, y por tanto la entidad es sólo mera tenedora de ellos, o sólo pesa sobre esta la obligación de pagar una deuda. Este es un punto relevante, toda vez que sólo en el primero de los supuestos —si se entiende que el trabajador es dueño de los dineros que gestiona la entidad—, podrá hablarse de mera tenencia y será posible satisfacer las exigencias del tipo de esta clase de delito. En cambio, si se entiende que sobre la entidad pagadora del subsidio sólo pesa una obligación meramente civil de pagar una deuda ello no ocurriría, por cuanto como señala RIVACOBA: «la falta de pago de una deuda no constituye la apropiación de su importe, y

aun reconociéndola y contando con recursos para satisfacerla, no por ello tales recursos cesarán de ser propios».⁷⁰

Por otro lado, también se debe tener en consideración que en nuestro medio nunca podrá ser la entidad pagadora de los subsidios, en sí, responsable penalmente, ya que en Chile la responsabilidad criminal sólo puede perseguirse sobre las personas naturales y nunca sobre las jurídicas, las que sólo responden civilmente.

Ahora bien, creemos que este último argumento no es óbice para sólo en base a él considerar que las entidades pagadoras de subsidios no pueden responder por apropiación indebida. Como hicimos notar anteriormente, la ley es bastante amplia en cuanto a describir el sujeto activo de estos ilícitos, y por tanto, *a priori*, no se puede excluir a estas entidades como responsables de él. No obstante, no sería la entidad misma la responsable penalmente, sino sus administradores o funcionarios que se hayan apropiado de los dineros del subsidio, no dando cumplimiento a su obligación de pagar. Esta sería una situación idéntica a la que se produciría cuando el empleador es, por ejemplo, una sociedad anónima. Ahí no será la sociedad la responsable por la apropiación indebida, sino sus representantes, mandatarios o aquel a quien se le ha otorgado la función de retener y pagar las cotizaciones, no haciéndolo y

⁷⁰ RIVACOBBA, *Ob. Cit.*, p. 13

apropiándose para sí de los dineros, causando con ello perjuicio al trabajador. De hecho, esta es la solución que se da tratándose del apremio contemplado por el artículo 12 de la ley 17.322, en cuanto por expresa disposición del artículo 14 de dicha ley, este se hará efectivo sobre las personas señaladas en su artículo 18, esto es, sus gerentes, administradores o gerentes.⁷¹

Sin embargo, tratándose del primer argumento, esto es, de si el trabajador es o no dueño de los dineros que se le deben entregar por concepto de subsidio, la situación se torna mucho más compleja. Efectivamente, por una disposición legal, a los trabajadores se les otorga el derecho a exigir de la entidad pagadora para que ella concorra a solventar no sólo el importe del subsidio sino también de las cotizaciones que correspondan por el tiempo que dure este. No obstante, es arriesgado sostener que el trabajador sea efectivamente dueño de estos dineros, y por tanto la entidad una mera tenedora de ellos. En la mayoría de estos subsidios —maternal, por incapacidad, etc.—, los fondos para financiarlos se forman de la concurrencia de distintos aportes, en los que la participación estatal juega un rol preponderante. Hasta antes de que se produzca el evento que da pie al pago de estos subsidios —v. gr. el embarazo de la mujer— el trabajador tiene sobre estos dineros sólo una mera expectativa, y no puede ejercer acto de dominio alguno sobre ellos. Sólo una vez que se ha producido el acaso que se establece como causa para devengar

⁷¹ LEY 17.322, artículo 14.

el pago del subsidio, el trabajador adquiere un derecho sobre ellos. Empero, creemos que este derecho es sólo un derecho personal a impetrar el pago de la obligación, que no importa un derecho real de dominio sobre la cosa. De ahí entonces que, como el trabajador no es, en estricto rigor, propietario de estos fondos, y la entidad pagadora una mera tenedora de ellos, no pueda perseguirse respecto de ella responsabilidad penal por apropiación indebida de cotizaciones previsionales, toda vez que faltaría un elemento fundamental del tipo, sin el cual este no llega a configurarse. Por lo demás, sería un contrasentido que pudiera perseguirse la responsabilidad penal por sobre estas entidades, mientras que el apremio a que se refiere el artículo 12 de la ley 17.322 sólo pueda hacerse efectivo respecto del empleador, y no respecto de estas otras instituciones.

Reafirma la tesis de que las entidades encargadas de pagar los subsidios no responden por el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, consagrado en el artículo 19 del DL 2.500 y 13 de la ley 17.322, el hecho de que en ambos casos la norma es clara al describir la conducta típica como apropiar o distraer «el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere *descontado de la remuneración del trabajador*⁷²». De ahí entonces que, en tanto en cuanto de acuerdo al tenor del artículo 41 del Código del Trabajo, los subsidios no constituyen remuneración, mal podría configurarse el

⁷² LEY 17.322, artículo 13. El destacado es nuestro.

delito de apropiación indebida en el caso de los subsidios, ya que nada ha sido descontado de la remuneración del trabajador.

No obstante, es preciso señalar que aunque la Dirección del Trabajo ha reconocido el hecho de que los subsidios no constituyen remuneración de acuerdo al Código, en ocasiones los ha considerado como si de esta se tratara. Así por ejemplo, en un dictamen de agosto de 1999, este organismo sostuvo:

«...si bien es cierto los subsidios no constituyen remuneración al tenor de lo prevenido en el artículo 41 del Código del Trabajo, no lo es menos, que ellos se otorgan en reemplazo o sustitución de la misma durante el período que abarca la respectiva licencia.

»En otros términos, el subsidio sustituye la remuneración del trabajador cuando éste se ve privado de ella a consecuencia de la suspensión legal de la prestación de sus servicios que implica el goce de una licencia médica, motivo por el cual no corresponde excluirlos de la base de cálculo del estipendio por el cual se consulta.»⁷³

Aún cuando la interpretación hecha por dicho organismo pueda ser correcta en situaciones como las que en aquel momento se discutía —cálculo de la gratificación legal que debía pagarse a trabajadores acogidos a licencia

⁷³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen de 12 de agosto de 1999, ORD. Nº 4102/235

médica—, lo cierto es que en sede penal no es posible crear delitos por mera «interpretación», menos si ella proviene de un organismo sólo con facultades administrativas y no propiamente legislativas, que no ha sido facultado por ley para ello. Esto porque se violentaría la máxima básica que rige todo el sistema penal: *nullum crimen sine lege*, el cual entre nosotros posee consagración constitucional, en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. De ahí que, en virtud de que la norma del artículo 19 del DL 3.500 y 13 de la ley 17.322, no es una ley penal en blanco que deba ser complementada por la autoridad administrativa, sino que describe claramente la conducta punible, y como esta habla sólo de la apropiación o distracción de las cotizaciones que hubieren sido descontadas de la remuneración del trabajador, y como los subsidios en estricto rigor no son remuneración, no sería lícito entonces pretender perseguir responsabilidad penal en contra de las entidades encargadas de pagar los subsidios, ya que no hay norma penal que habilite para ello.

En resumen, en lo que se refiere al sujeto activo de este delito, pensamos que quedan excluidos de esta calidad tanto el trabajador independiente, como la entidad encargada de pagar los subsidios, no obstante respecto de esta última pueda perseguirse su responsabilidad civil por incumplimiento de su obligación.

Así entonces, sólo podrá hacerse efectiva la responsabilidad penal por apropiación indebida por sobre el empleador. No obstante, en este último caso, se deberán distinguir a lo menos las siguientes situaciones:

- 1) Si el empleador es una persona natural, que a su vez es el encargado de llevar adelante la retención y el pago de las cotizaciones previsionales, entonces él, en la generalidad de los casos, debería ser el responsable directo de la apropiación, y por tanto el sujeto activo de este delito.
- 2) Si el empleador es una persona natural, pero no es necesariamente quien lleva adelante la gestión de retener y pagar las cotizaciones, la calidad de sujeto activo habrá de recaer sobre quien efectivamente ha concurrido a realizar la apropiación, ya que la responsabilidad penal es siempre personal, y no se puede sancionar criminalmente al empleador por actos que sean exclusivamente imputables a sus dependientes o representantes.
- 3) Si el empleador es una persona jurídica, dado que la responsabilidad penal nunca podrá perseguirse sobre esta, habrá que atender entonces a lo dispuesto por el artículo 18 de la ley 17.322, y ejercer las acciones en contra de alguno de los individuos allí señalados, que son quienes responden por los actos

de aquella. No obstante, si como en el caso anterior, los encargados de efectuar la retención y el pago de las cotizaciones son personas distintas a las descritas por el artículo 18 de la ley 17.322, y ellas han procedido a la apropiación, entonces la responsabilidad penal habrá que perseguirla sobre estas, ya que, como dijimos, criminalmente sólo se responde por actos personales y no por el hecho ajeno.

Ahora bien, alguien podría interpretar que debido a que como el DL 3.500 establece que sólo son obligados al pago de las cotizaciones los empleadores, los trabajadores independientes y las entidades encargadas de pagar los subsidios, y como estos dos últimos no responden penalmente en este caso, sólo podría el empleador, en específico, ser sujeto activo del delito de apropiación indebida especial que venimos tratando, mientras que cualquier otra persona, aún cuando se apropie de dineros provenientes de las cotizaciones previsionales, no respondería por esta figura típica sino por alguna otra, como la apropiación indebida general del artículo 470 del Código Penal, o por hurto.

Nosotros no compartimos esta última interpretación toda vez que la ley, como ya señalamos, en ningún caso expresa que sea sólo la persona del empleador, en exclusiva, quien pueda cometer este ilícito, sino que puede serlo cualquiera. Cuestión distinta es el hecho de que además el inciso 2º del artículo

19 del DL 3.500 establezca que es sólo el empleador quien está facultado para realizar las retenciones de parte de la remuneración en estos casos. Por tanto, toda aquella persona, distinta de este que lo haga, habrá de actuar en nombre y representación de aquel, ya que para que se configure el delito de apropiación indebida es menester que quien se apropia o distrae haya adquirido legítimamente los bienes —en este caso, el dinero por concepto de cotización—, cuestión que aquí ocurre en virtud de un mandato de la ley. Si una vez hecha la retención, este tercero —que ha actuado en representación del empleador— no realiza el pago en la institución previsional correspondiente, entonces es él el responsable y no el empleador, por cuanto, como ya dijimos, la responsabilidad penal es siempre personal, y afecta a quien haya actuado dolosamente. Por lo demás, dado que el empleador en este supuesto no ha llegado siquiera a adquirir la tenencia de los bienes, no se configuraría a su respecto el ilícito, ya que le faltaría un elemento al tipo penal para encontrarse perfecto.

Cuestión distinta es la que ocurre si, por ejemplo, es el propio empleador quien realiza la retención y luego encarga a un tercero que efectúe el pago. En ese caso, el trabajador no podría perseguir la responsabilidad penal en el empleador por apropiación indebida, ya que este no ha actuado dolosamente, y tampoco podría hacerlo en el tercero que no ha efectuado el pago, ya que este ha defraudado al empleador y no al trabajador, y por tanto será este último el directamente afectado que deberá perseguir la responsabilidad respecto de

aquel, sea por apropiación ilícita si los dineros el tercero los adquirió de manera legítima de manos del empleador, o por hurto, si ello no ha ocurrido. En todo caso, en este último supuesto, será el empleador el responsable de enterar el pago, y no podrá excusarse en el hecho de que un tercero ha perpetrado apropiación ilegítima de los fondos, ya que la ley no lo habilita. Aunque esto será sin perjuicio de la acción que a él le corresponde para buscar de manos del tercero, la restitución de los dineros perdidos, con indemnización de perjuicios, así como su responsabilidad penal.

3.2. El sujeto pasivo

Tratándose de la apropiación indebida especial del DL 3500 y la ley 17.322, queda claro que estamos frente a un caso de sujeto pasivo calificado, teniendo esta calidad sólo los trabajadores a quienes se le ha efectuado la respectiva retención.

Esto se desprende tanto del texto expreso de la ley, como del hecho de que en esta clase de delito el titular del bien jurídico afectado, es decir, la propiedad de las cotizaciones previsionales, es siempre el trabajador.⁷⁴

No obstante, la ley no se limita a fijarlos a ellos como únicos sujetos pasivos de la apropiación indebida, sino que también pueden serlo sus derechohabientes. Sobre este particular, creemos que por derechohabientes

⁷⁴ Rivacoba, *Ob. Cit.*, p. 14

deben entenderse las personas descritas por el artículo 60 del Código del Trabajo, ya que son ellos quienes pueden impetrar todas aquellas prestaciones que se encontraren pendientes al momento del fallecimiento del trabajador.

En atención a ello, son derechohabientes, y por tanto también pueden deducir la correspondiente acción criminal por apropiación indebida:

- a. El cónyuge;
- b. Los hijos; y
- c. Los padres del fallecido

Respecto de estas dos últimas clases de derechohabientes, es importante señalar que si bien el texto del artículo 60 del Código habla de hijos legítimos y naturales; y de padres legítimos y naturales, la disposición se debe entender modificada por la ley 19.585, que eliminó la distinción entre filiación legítima y natural, por lo que en ambos casos es más propio hablar de hijos y de padres, a secas.

4. El objeto material

Por disposición expresa de la ley, el objeto material sobre el que recae el delito especial de apropiación indebida del DL 3.500 y la ley 17.322 es el dinero

proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador⁷⁵.

Ahora bien, ni el Código del Trabajo ni las normativas especiales de seguridad social definen de manera precisa lo que habrá de entenderse por «cotizaciones previsionales», es por ello que, en uso de sus facultades, la Dirección del trabajo ha requerido de la Superintendencia de Seguridad Social que se pronunciara sobre este punto, y particularmente en lo que dice relación con el alcance de dicho concepto, a efectos de lo dispuesto por los artículos 162 y 177 del Código del Trabajo.

El artículo 162 del Código, modificado por la ley 19.631, dispone en su inciso 5º que el empleador, al momento de poner término al contrato de trabajo por alguna de las causales previstas en los números 4, 5 y 6 del artículo 159 (vencimiento del plazo convenido en el contrato, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato y caso fortuito o fuerza mayor); artículo 160 (causales subjetivas imputables a la conducta del trabajador), o las previstas en el artículo 161 del mismo cuerpo legal (necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio), deberá dar comunicación por escrito al trabajador personalmente o por carta certificada, dejando constancia en ella de la o las causales invocadas, los hechos en que se funda y el estado de pago de

⁷⁵ RIVACOBÁ, *Ob. Cit.*, p. 14.

las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, acompañando los respectivos comprobantes de pago que acrediten tal circunstancia.⁷⁶

Por su parte, la ley 19.844, de 11 de enero de 2003, introdujo cuatro nuevos incisos en el artículo 177 del Código del Trabajo. En uno de ellos —el 3º— dispuso que cuando el trabajador fuere despedido por alguna de las causales descritas en el inciso 5º del artículo 162, previo a la ratificación del finiquito, los ministros de fe deberán requerir al empleador que acredite, mediante certificados de los organismos competentes o con las copias de las respectivas planillas de pago, que se ha dado cumplimiento íntegro al pago de todas las cotizaciones para fondos de pensiones, de salud y de seguro de desempleo si correspondiera, hasta el último día del mes anterior al del despido. Asimismo agrega esta disposición que si el empleador no ha procedido al pago íntegro de las cotizaciones previsionales, los ministros de fe deberán dejar constancia de esta situación y de que el finiquito no ha puesto fin al contrato de trabajo, en virtud de lo previsto por el artículo 162 antes expuesto.

En concordancia con estas dos disposiciones, la Dirección del trabajo ha sostenido que, interpretando lo establecido por ellas, para poner fin al Contrato de Trabajo el empleador debe cumplir previamente «con la obligación de pagar

⁷⁶ CÓDIGO DEL TRABAJO, artículo 162.

íntegramente las cotizaciones previsionales del trabajador devengadas hasta el último día del mes anterior del despido y acreditar tal circunstancia, adjuntando los comprobantes que así lo justifiquen.»⁷⁷

En el primer informe emitido sobre esta materia, la Superintendencia de Seguridad Social expresó que en función de lo establecido por el artículo 162 del Código del Trabajo, constituían cotizaciones previsionales tanto las cotizaciones establecidas para financiar el régimen de pensiones (del antiguo y el nuevo sistema), como aquellas enteradas para el seguro social de salud y aquellas establecidas por la ley 16.744 respecto del seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales⁷⁸.

Con posterioridad, y luego de la reforma introducida al artículo 177 del Código por la ley 19.844, cuestionada nuevamente la Superintendencia, esta vez a fin de que aclarara si dicha modificación afectaba el concepto de cotizaciones previsionales que se había manejado en el informe anterior; este organismo sostuvo que, en efecto, ello ocurría, ya que en la nueva normativa el

⁷⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen de 25 de octubre de 1999, ORD. N° 5.372/314; y Dictamen de 3 de diciembre de 2003, ORD. N° 5230/231.

⁷⁸ SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL, Oficio Ordinario N° 29.169 de 30 de septiembre de 1999.

legislador «ha circunscrito, en la situación descrita, las cotizaciones previsionales cuyo pago debe acreditarse»⁷⁹.

A efectos de lo anterior, la Superintendencia ha entendido que constituyen cotizaciones previsionales, que el empleador debe acreditar pagadas al momento de poner término al contrato de trabajo por alguna de las causales del inciso 5º del artículo 162, los siguientes ítems:

«— Las cotizaciones para los fondos de pensiones, lo que incluye a las cotizaciones para financiar los regímenes de pensiones del antiguo sistema previsional (D.L. N° 3501, de 1980), como también las del nuevo sistema de pensiones, en este último tanto el 10% para la cuenta de capitalización individual, como la cotización adicional del inciso segundo del artículo 17 del D.L. 3500, de 1980, como también, la del artículo 17 bis del mismo texto legal.

»— La cotización del 7% de la remuneración imponible, para salud, la que podrá ser superior en el caso de los afiliados a ISAPRE. Cabe hacer presente que también se incluye la cotización del 0,6% con cargo al 7% aludido, que se entera en una Caja de Compensación de Asignación Familiar en el caso de los trabajadores afectos a FONASA, cuyos empleadores se encuentren

⁷⁹ SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL, Oficio Ordinario N° 40.935 de 28 de octubre de 2003.

afiliados a dichas entidades, en cuyo caso se entera a través del Instituto de Normalización Previsional el 6,4 % restante.

»— La cotización para el seguro de desempleo, si correspondiere»⁸⁰.

Nos sentimos inclinados a aceptar esta caracterización de las cotizaciones previsionales hecha por la Superintendencia, en cuanto ella es útil no sólo a efectos de lo dispuesto en los artículos 162 y 177 del Código del Trabajo, sino también en lo que respecta a la fijación del objeto material en el delito de apropiación indebida del artículo 19 del DL 3.500 y 13 de la ley 17.322. Sin embargo, sobre ella es necesario hacer las siguientes precisiones:

- 1) Tal y como ha hecho la Superintendencia, se debe excluir del concepto de cotizaciones previsionales, aquellas establecidas por la ley 16.744. Y ello no sólo en virtud de lo dispuesto por el artículo 177 del Código del Trabajo, modificado por la ley 19.844, sino también, porque como en dicha ley se señala, los fondos destinados a financiar el seguro contra accidentes del trabajo y enfermedades previsionales, son proveídos por el empleador, y por tanto no cabe respecto de ellos hablar de apropiación indebida, toda vez que nadie puede apropiarse de lo que

⁸⁰ SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL, Oficio Ordinario N° 40.935 de 28 de octubre de 2003.

legítimamente le pertenece en propiedad. En este caso sobre el empleador sólo pesa la obligación de enterar, de su propio peculio, los dineros necesarios para solventar dicho fondo, haciéndose acreedor a la respectiva sanción civil en caso de incumplimiento.

- 2) En lo que se refiere a las cotizaciones para los fondos de pensiones, sólo podrá hablarse de apropiación indebida respecto de aquellas establecidas para el nuevo sistema en el DL 3.500, quedando excluidas las del antiguo sistema previsional del DL 3.501, toda vez que ellas van destinadas a un fondo común, sobre el cual no puede entenderse que el trabajador posea un derecho de propiedad, tal y como anteriormente ya hemos expuesto.
- 3) En lo que se refiere al seguro de desempleo, dado que los fondos para financiarlo provienen tanto del aporte de los trabajadores, como de los empleadores y el Estado, y si bien el artículo 5º de la ley 19.728 establece que tanto los aportes de los trabajadores como de los empleadores tendrán el carácter de previsionales para todos los efectos legales, sólo podrá existir apropiación indebida respecto de las cotizaciones provenientes de los aportes del trabajador, ya que como antes se dijo, los aportes provenientes del empleador son de su propiedad, y por tanto

sobre ellos no puede existir apropiación indebida en los términos exigidos por la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que si bien esta interpretación dada por la Superintendencia es útil a efectos de delimitar el alcance de lo que debe entenderse por «cotizaciones previsionales», en la fijación del bien material sobre el que puede recaer el delito de apropiación indebida no es imperioso limitarse a ella, en cuanto también podrán existir otras cotizaciones, a las que se reconozca el carácter de previsionales, que puedan tener ese carácter, aunque ellas no se encuentren comprendidas dentro de la delimitación hecha por la Superintendencia.

Así por ejemplo ocurre con las cotizaciones destinadas a financiar el recientemente creado «Ahorro Previsional Voluntario Colectivo», introducido por la ley 20.255 de 17 de marzo de 2008, y que se regula en los artículos 20 F, y siguientes, nuevos, del DL 3.500.

Según el artículo 20 F, este es «un contrato de ahorro suscrito entre un empleador, por sí y en representación de sus trabajadores, y una Administradora o Institución Autorizada a que se refiere la letra l) del artículo 98, con el objeto de incrementar los recursos previsionales de dichos

trabajadores»⁸¹; y su financiamiento se logra con aportes tanto del empleador como de los trabajadores que lo hayan suscrito, en partes iguales.

En tanto la ley autoriza al empleador para deducir los aportes de los trabajadores de su remuneración, mensualmente o con la periodicidad que las partes acuerden⁸²; y dado que el inciso 4º del nuevo artículo 20 H del DL 3.500, expresamente establece que «Los recursos originados en los aportes efectuados por el trabajador serán siempre de su propiedad»⁸³; nos sentimos inclinados a pensar que estos constituyen cotizaciones previsionales idóneas para convertirse en objeto material del delito de apropiación indebida especial que venimos tratando. Idea que se ve reafirmada con lo expresado por el inciso 2º del artículo 20 H, que dispone: «En caso de incumplimiento del empleador de su obligación de enterar los aportes se aplicará lo dispuesto en el artículo 19»⁸⁴, norma en la que se encuentra inserto este ilícito penal.

Así entonces, y en virtud de lo anterior, creemos que más que pretender dar una enumeración exhaustiva de aquellas cotizaciones previsionales que

⁸¹ DL 3.500, artículo 20 F, introducido por la ley 20.255 de 17 de marzo de 2008.

⁸² DL 3.500, artículo 20 H, inciso 1º, introducido por la ley 20.255 de 17 de marzo de 2008.

⁸³ DL 3.500, artículo 20 H, inciso 4º, introducido por la ley 20.255 de 17 de marzo de 2008.

⁸⁴ DL 3.500, artículo 20 H, inciso 2º, introducido por la ley 20.255 de 17 de marzo de 2008.

pueden ser aptas para constituirse en objeto material del delito de apropiación indebida de los artículos 19 del DL 3.500 y 13 de la ley 17.322, resulta más adecuado intentar un concepto más general que permita abarcar todos los casos posibles que se puedan presentar. De ahí que creamos que podrá ser objeto material de esta forma particular de apropiación indebida, toda cotización previsional que haya sido retenida por el empleador de la remuneración del trabajador, y que esté afecta a ser enterada en una cuenta individual del trabajador, sobre la cual se entienda que este tiene la propiedad. La fuente que origina esta retención, podrá ser legal y obligatoria, como en el caso del artículo 17 del DL 3.500, o incluso voluntaria, como en la retención originada en el contrato de ahorro previsional voluntario colectivo, de que tratan los nuevos artículo 20 F y siguientes del DL 3.500.

5. El perjuicio

Tal y como ocurre respecto del delito general de apropiación indebida sancionado en el Código Penal, el DL 3.500 y la ley 17.322 también exigen la concurrencia de un perjuicio —económico, avaluable en dinero⁸⁵— respecto del trabajador para que se perfeccione este ilícito.

⁸⁵ RIVACOBÁ, *Ob. Cit.*, p. 15

Como adelantamos en el Capítulo II de esta memoria, tratándose de la figura especial de apropiación indebida enfocada a la órbita laboral, nos sentimos inclinados a distanciarnos de lo que fue nuestra opinión anterior, en que consideramos el perjuicio como una condición objetiva de punibilidad⁸⁶. Creemos que ya que en este ámbito, queda más o menos claro que el bien jurídico protegido es siempre la propiedad, el perjuicio adquiere entonces el carácter de ser un elemento constitutivo del tipo penal⁸⁷, en tanto la lesión del bien jurídico sólo concurrirá en la medida que el perjuicio efectivamente llegue a producirse, ya que antes de esto la sola apropiación no es constitutiva de delito. De ahí entonces que se pueda afirmar que en estos casos el delito de apropiación indebida es un delito de resultado, esto es, que requiere que se produzca un efecto específico en la realidad para que él llegue a consumarse. Cuestión que así ha sido reconocida por la Corte Suprema, que en un fallo de 8 de octubre de 2007 ratificó una sentencia en que se aseveró que la apropiación indebida: «como todas las formas de fraude, no es un delito formal sino material, y exige como resultado de la acción la producción de un perjuicio, que

⁸⁶ Vid., *supra*, Capítulo II.6.

⁸⁷ En contra, CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Sentencia de 24 de diciembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 283-2007, en donde, siguiendo a POLITOFF, se sostuvo que en este caso el perjuicio es una condición objetiva de punibilidad.

es la mejor demostración de la apropiación o distracción del dinero proveniente de las cotizaciones».⁸⁸

Una situación compleja respecto de este tema, es el referido a determinar cuando se entiende que dicho perjuicio se ha materializado, constituyendo por tanto en responsable al sujeto activo de este delito.

En nuestra opinión el perjuicio —entendido como todo menoscabo material avaluable en dinero— se producirá desde el momento mismo en que el empleador ha incumplido su obligación de pagar en la institución correspondiente los dineros que ha retenido de la remuneración del trabajador por concepto de cotizaciones previsionales, sin que sea necesaria la concurrencia de un dolo especial, es decir, sin que sea necesario acreditar que efectivamente el empleador a querido provocar dicho perjuicio.

Esto, porque al no ser enteradas oportunamente las cotizaciones, el trabajador deja de percibir durante todo ese período los dividendos que puedan derivar del manejo que, por ejemplo, haga la Administradora de Fondos de Pensiones de sus dineros.

Esta solución, pareciera ser apoyada por la norma del DL 3.500, la cual, como ya vimos en el Capítulo I, dispone que el empleador que no ha realizado

⁸⁸ CORTE SUPREMA, Sentencia de 8 de octubre de 2007, recaída en la cusa rol N° 4613-2007

el pago, deberá efectuar este con el reajuste que corresponda entre el último día del plazo en que debió efectuarse aquel, y el día en que efectivamente se realice⁸⁹. Y además, también le impone el pago de un interés penal equivalente a la tasa de interés corriente aumentada en un 50%.⁹⁰

A nuestro juicio, el legislador ha impuesto el pago de estos intereses, precisamente a efecto de amortiguar los perjuicios que ha experimentado el trabajador por el retardo en ver enterados los dineros de las cotizaciones en su cuenta de capitalización individual.

Por su parte, una opinión similar ha sostenido la Corte Suprema, la que en un fallo de diciembre de 2005, ha expresado que: «en la especie se trata en definitiva de sumas de dinero previamente descontadas al trabajador por el empleador con el objeto de enterarlas en una institución previsional, obligación legal que no fue cumplida por éste, con el consiguiente perjuicio para el trabajador al impedir el pleno goce de sus derechos previsionales, consagrado como garantía constitucional en el numeral 18 del artículo 19 de la Carta Magna.»⁹¹

⁸⁹ DL 3.500, artículo 19, inciso 8º.

⁹⁰ DL 3.500, artículo 19, inciso 9º

⁹¹ CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de diciembre de 2005, recaída en la causa rol N° 6249-2005

Ahora bien, podría argumentarse que la solución antes dada no resulta del todo correcta, toda vez que el mismo DL 3.500 se pone en la situación de que las cotizaciones previsionales retenidas y no pagadas, puedan ser no obstante declaradas, sin que con ello llegue a configurarse en la especie el delito de apropiación indebida. Sin embargo, nosotros creemos que en ese caso la consumación del tipo penal puede no llegar a perfeccionarse, no por ausencia del perjuicio, sino porque se entiende que el empleador, al declarar y pese a no pagar, está reconociendo su obligación, y por tanto no concurre el *animus rem sibi habendi*. Es decir, el delito no se perfecciona porque falta la intención de apropiarse para sí de los dineros, y no porque el perjuicio no se haya producido.

Es por esto, que a este respecto disentimos en parte de la opinión dada en nuestra doctrina por RIVACOBA, quien sostiene que la consumación del delito de apropiación indebida en estos casos sólo se entiende perfecta una vez que se ha materializado el perjuicio en contra del trabajador. Nosotros nos inclinamos a pensar que esta solución si bien es adecuada al considerar al perjuicio como el resultado necesario para que exista apropiación indebida, no lo es completamente, en tanto el perjuicio será una de las primeras manifestaciones que habrá de aparecer de la conducta típica, y no necesariamente la última, ya que perfectamente puede existir perjuicio sin que se hayan configurado aún todos los elementos necesarios para que el delito se

entienda consumado; por ejemplo, porque aún falta el ánimo de apropiación en el empleador, pues se encuentra por actos positivos reconociendo el dominio ajeno de los dineros, como podría entenderse en los casos en que hay declaración pero no pago.

Sin perjuicio de lo anterior, es un hecho que en la práctica, aunque objetivamente pueda ya existir el perjuicio —esto es, una disminución en la remuneración del trabajador que no se traduce en un aumento equivalente en sus fondos previsionales— desde el momento mismo en que, pasado el plazo que la ley otorga, no se han enterado los dineros respectivos en la cuenta de capitalización del trabajador, este elemento del tipo penal no se analizará a fin de configurar el ilícito penal sino desde que, intimado el empleador a restituir los dineros que ha retenido de la remuneración del trabajador enterándolos en la correspondiente institución, este no lo hace, consumando así el acto delictivo —por cuanto, como ya señalamos en el Capítulo II, el simple retardo no es causal suficiente para configurar la apropiación indebida.

Así al menos lo ha entendido la Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en una sentencia ratificada con posterioridad por la Corte de Apelaciones de La Serena, que en un fallo de diciembre de 2007 aseveró : «este delito no se consuma con la mera apropiación o la distracción, sino desde que, con posterioridad al apoderamiento, el agente deja definitivamente de ingresar los fondos al organismo encargado legal de su

administración, lo que en otras palabras viene a significar que el momento de la restitución es el que determina también el perjuicio y la consumación del delito, para el caso que aquélla no se produzca.»⁹²

6. La conducta punible

Tal y como ocurre respecto del delito de apropiación indebida del Código Penal, en el DL 3.500 y la ley 17.322 se recurre a dos verbos rectores para caracterizar la conducta punible: apropiar y distraer.

Ya antes nos hemos referido al significado que en general estas conductas tienen y por tanto, a fin de no redundar demasiado creemos que es más conveniente remitirse al apartado correspondiente de esta memoria⁹³. No obstante, hay ciertas particularidades que estas conductas tienen que si se hace necesario tratar acá.

6.1. El elemento subjetivo

En primer lugar, como todo delito de apropiación —que en este caso es la figura básica central, por cuanto la distracción sólo será una modalidad de ella— requiere que quien lo perpetra actúe evidenciando un *animus rem sibi*

⁹² CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Sentencia de 24 de diciembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 283-2007

⁹³ Vid., *supra*, Capítulo II.7.

habendi, es decir, que lo haga con el «ánimo o propósito de tener la cosa y disponer de ella como propia»⁹⁴. Este es el elemento subjetivo que caracteriza estos delitos, y se requiere su concurrencia, como una forma especial de dolo, para que llegue a perfeccionarse la figura típica. La razón de ello, es que, como ocurre en todo delito general de apropiación indebida, el sujeto activo ya tiene en su poder el objeto apropiado —en este caso las cotizaciones previsionales—, adquiridas por un título de mera tenencia —la ley—. Por ello, no bastará que este tome la detentación material de las cosas, ya que lo hace por una causa legítima, sino que debe evidenciar su intención de no destinarlas al fin encomendado, sino para su propio beneficio.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de La Serena ha considerado que dadas las particularidades propias de este delito, la forma más habitual de exteriorizar este «ánimo de apropiación» sea a través de la realización de actos de disposición, en los que se manifieste su intención de no enterar las cotizaciones en las instituciones respectivas. Por cuanto, ya que la tenencia se encuentra presente desde antes de cometido el delito, sólo si se dispone ilegítimamente de los bienes ajenos —dinero en este caso—, dejando de reconocer dominio ajeno, y sin la intención de restituirlos, se entiende que concurre el *animus rem sibi habendi*, y por tanto se perfecciona la figura penal.

⁹⁴ RIVACOBÁ, *Ob. Cit.*, p. 16.

En particular dicho tribunal de alzada ha compartido una decisión de la Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena, quien decidió que: «el ánimo de apropiación típico se encuentra situado a nivel de la conducta exterior del agente en que se manifiesta la intención de no proceder a la devolución o integro de los dineros distraídos, mas no en el simple apoderamiento que, salvo que los dineros entregados lo hayan sido en un cofre cerrado, lo natural es que lo habiliten a disponer de ellos, pero con cargo de devolverlos en similar cantidad. De lo anterior, cabe ahora colegir otra consecuencia, cual es la de que en estos casos el ánimo de apropiación debe necesariamente presumirse, pero no es objeto de reproche sino hasta el momento en que efectivamente, siguiendo a los autores referidos, se transforme en un acto de disposición o en un acto de voluntad que exteriorice al animus rem sibi habendi del tipo, esto es, cuando el agente inequívocamente encamina su accionar a no devolver o enterar similar cantidad de dinero a la que se le entregó o retuvo por mandato legal, todo lo que permite darle inteligibilidad a la norma que describe el tipo penal del artículo 19 del DL 3.500.»⁹⁵

⁹⁵ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Sentencia de 24 de diciembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 283-2007.

6.2. El elemento objetivo

Respecto a cuando se está frente a un acto de disposición —para configurar el elemento objetivo de la apropiación—, si bien es una cuestión que, a nuestro juicio, deberá decidirse caso a caso, los tribunales han sostenido que ello ocurriría en todo contexto en que se haga evidente la intención del empleador de no restituir los dineros recibidos, como por ejemplo ocurriría si este ha procedido al cierre de la empresa con el consiguiente despido de los trabajadores, sin que previamente se haya solucionado el pago de las cotizaciones previsionales. Así lo ha decidido la Corte Suprema, que en un fallo de octubre de 2007 sostuvo que: «los agentes procedieron a la apropiación (disposición) definitiva de los fondos previsionales, a partir del cierre de la empresa Frigorífico Dal Nord Limitada y autodespido consecuente que le siguió de numerosos trabajadores [...] puesto que dicha decisión de la empleadora (cerrar la empresa absteniéndose de finiquitar los contratos de los trabajadores), se evidencia como inequívoca manifestación de una voluntad no dispuesta a devolver los fondos distraídos.»⁹⁶

De igual modo, la Corte a su vez aseveró que existiría distracción desde el momento mismo en que los agentes no le dieran a los dineros retenidos por concepto de cotizaciones previsionales, «la aplicación legal a que estaban

⁹⁶ CORTE SUPREMA, sentencia de 29 de octubre de 2007, recaída en la causa rol N° 4583-2007

obligados, que era la de acumularse a los fondos individuales de previsión de los trabajadores mediante su integro».⁹⁷

6.3. La presunción del artículo 3 de la ley 17.322

Una situación problemática, es la que se deriva de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 3º de la ley 17.322. La cual establece una presunción de derecho, en cuanto a que se han realizado los respectivos descuentos por concepto de cotizaciones previsionales, por el sólo hecho de haberse pagado de forma total o parcial las respectivas remuneraciones al trabajador.

Decimos que esta es una situación problemática, porque dado el supuesto de que efectivamente no se hayan enterado durante un determinado período las cotizaciones en la institución respectiva, habiéndose no obstante cancelado las remuneraciones correspondientes, se estaría configurando la figura delictiva del artículo 13 de la ley 17.322 —por existir perjuicio y una presunta apropiación— sin que se le otorgue al empleador la oportunidad de probar que si bien ha pagado las remuneraciones, no procedió a realizar el descuento que estaba obligado a hacer, ya que la ley habla de una presunción de derecho, y por tanto no puede ser controvertida aportando prueba en contrario.

⁹⁷ CORTE SUPREMA, sentencia de 29 de octubre de 2007, recaída en la causa rol N° 4583-2007

A juicio de autores como ALBORNOZ⁹⁸ y RIVACOB⁹⁹, en este caso se podría estar presumiendo de derecho la responsabilidad penal del empleador, cuestión que entra en manifiesta contradicción con la norma constitucional del artículo 19 N° 3 inciso 6° que expresamente señala: «La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal»¹⁰⁰. Sin embargo, ALBORNOZ a su vez señala —sin especificar la fuente— que la Corte Suprema ha considerado la norma perfectamente aplicable «por cuanto es erróneo pensar que en este caso se presume la responsabilidad penal del empleador en un delito de apropiación indebida por el solo hecho de pagar, ya sea total o parcialmente, las remuneraciones de sus trabajadores»¹⁰¹.

Sin lugar a dudas el tema es complejo, porque efectivamente, como al parecer habría resuelto la Corte, en estricto rigor de la aplicación de la norma del inciso 2° del artículo 3 de la ley 17.322, no se colige una presunción de derecho de responsabilidad penal, toda vez que aún faltarían otros elementos para configurar plenamente el delito, como por ejemplo la comprobación de que ha concurrido el *animus rem sibi habendi*. No obstante, es un hecho que de aplicarse en la especie esta disposición el empleador vería gravemente

⁹⁸ ALBORNOZ ORTEGA, Judith, *El Empleador Frente al Sistema Previsional Chileno*. Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, pp. 277-278.

⁹⁹ RIVACOB⁹⁹, *Ob. Cit.*, p. 14.

¹⁰⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Artículo 19, N° 3, inciso 6°.

¹⁰¹ ALBORNOZ, *Ob. Cit.*, p. 278

afectados sus derechos, colocándolo al borde de la total indefensión, toda vez que si se presume de derecho que ha efectuado los descuentos, mal podría a su vez probar que no ha hecho disposición de las cotizaciones que se presume ha recibido, cuando en la práctica puede no haberlo hecho. Además, como ya vimos, el perjuicio —que es el otro elemento necesario para configurar el tipo penal— debe entenderse producido por el sólo hecho de no haber enterado las cotizaciones en la cuenta de capitalización del trabajador, sin perjuicio de que eso sea algo a valorar al momento de ser el empleador requerido para que restituya. Sin embargo el empleador malamente podrá restituir algo que nunca ha recibido. Empero, también hay que considerar sobre este punto que, no habiendo norma en contrario, en Derecho quien debe probar los hechos es quien los alega, entonces será deber del trabajador —o de la institución de previsión que exige la restitución— acreditar que el empleador ha hecho disposición del dinero de las cotizaciones previsionales, y desde ese punto de vista, no se encontraría plenamente configurada la presunción de derecho de la responsabilidad penal, ya que aún faltarían hechos que deben ser probados para que se comprenda perfeccionado el ilícito penal en cuestión.

6.4. Declaración y no pago

Otra situación compleja que es preciso abordar aquí, es la referida a aquellos casos en que si bien el empleador no ha efectuado el pago, si ha

hecho declaración de las cotizaciones, haciendo uso de la facultad que al respecto le otorga la ley.

En opinión de autores como RIVACOB¹⁰² y ALBORNOZ¹⁰³, en este caso no se entendería por cumplidos los requisitos del delito de apropiación indebida, toda vez que el empleador al declarar las cotizaciones y asentar su deuda en el pasivo, estaría reconociendo el dominio ajeno descartando cualquier ánimo de apropiarse de los dineros, por lo que no se encontraría completo el tipo penal.

No obstante, nuestros tribunales superiores han sostenido un parecer distinto, en cuanto han procedido a condenar a empleadores por el delito de apropiación indebida, incluso cuando estos han realizado la antedicha declaración, sin concurrir con posterioridad a enterar las sumas a la correspondiente institución previsional. Sobre este particular, se señala en la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena ya antes citada, que refrenda un fallo de la Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena: «no pueden compartirse los argumentos de la defensa, en sus alegatos de apertura y cierre, cuando discutió la ilicitud de una conducta como la endilgada a los acusados en la acusación, desde que existiendo declaración previa de los fondos previsionales de cada trabajador no podría existir ánimo de

¹⁰² RIVACOB¹⁰², *Ob. Cit.*, p. 14

¹⁰³ ALBORNOZ, *Ob. Cit.*, p. 280-281.

apropiación, con lo que desaparecería una exigencia típica de la apropiación indebida, de cuyo género la figura del artículo 19 de DL 3.500 constituye una especie. Por el contrario, estos sentenciadores estiman que dicho ánimo de apropiación sí puede existir y de hecho existe desde un primer momento y no sólo a propósito del tipo especial del Art. 19 del DL 3.500, sino también en la figura del artículo 470 N° 1 del Código Penal, cuando el apoderamiento recayere sobre especies fungibles como el dinero, en razón de que el título por el que se entregaron esos fondos, cualquiera sea su clase, necesariamente deviene aquí en tradición.»¹⁰⁴

Aunque en principio estamos de acuerdo con RIVACOBRA y ALBORNOZ, en cuanto a considerar que la declaración y no pago puede constituirse en un indicativo de que el empleador no pretende apropiarse de los dineros, por cuanto se encuentra reconociendo dominio ajeno, a la vez que su deuda; el hecho es que esta práctica —bastante extendida, y utilizada por los empleadores particularmente cuando presentan problemas momentáneos de caja—, en ningún caso podrá exceder un período prolongado de tiempo, ya que el empleador es un mero retenedor de las cotizaciones previsionales, encontrándose estas cotizaciones incluidas en la remuneración bruta de los trabajadores, y por tanto ellas deben ser enteradas en el menor tiempo posible

¹⁰⁴ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Sentencia de 24 de diciembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 283-2007.

en la institución previsional que corresponda. Además, tal y como ha resuelto la jurisprudencia, una vez que el empleador ha realizado actos positivos de disposición —como proceder al cierre de la empresa sin resolver la situación de sus trabajadores, causándoles con ello un perjuicio— incluso si ha declarado las cotizaciones, de todas formas se convierte en sujeto activo del delito de apropiación indebida, y como tal debe ser sancionado.

7. Situaciones especiales

7.1. La quiebra del empleador

Un aspecto sobre el cual debemos referirnos, en tanto ha sido debatido en tribunales, dice relación con qué ocurre en caso de que una empresa sea declarada en quiebra, mientras aún está pendiente el pago de las cotizaciones previsionales de algunos de sus trabajadores.

En algunos casos se ha pretendido estimar que la quiebra sería una causal de exclusión de la responsabilidad penal, apelando para ello a lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 17.322 —modificado por la ley 20.023 de mayo de 2005—, el cual señala:

«En caso de quiebra del empleador, no tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 8°, 9°, 12°, 13° y 19°. Las instituciones de seguridad social verificarán sus créditos de acuerdo con las normas establecidas en los artículos

131 y siguientes de la ley N° 18.175¹⁰⁵, efecto para el cual servirá de suficiente título el mencionado en el artículo 4°. Los créditos podrán ser impugnados sólo fundándose en algunas de las excepciones señaladas en el artículo 5° de esta ley». ¹⁰⁶

De acuerdo a lo anterior, a decir de algunos la quiebra en estos casos actuaría como una especie de excusa legal absolutoria en favor del empleador, que impediría que este fuera perseguido como autor de apropiación indebida.

Sobre este punto, nuestros tribunales han señalado que si bien la norma del artículo 11 es clara, ella no operaría para casos en que el incumplimiento del pago ya se ha producido, y el empleador ha sido requerido para que proceda a la restitución, iniciándose acciones legales para ello, por cuanto ello significaría otorgarle al empleador un medio legal para que pueda eludir sus responsabilidades cuestión que no parece adecuada, máxime en un área, como la seguridad social, en que, por sobre todo, se debe propender a la protección del derecho de los trabajadores.

Así lo ha expresado la jurisprudencia:

¹⁰⁵ Dado que la ley 20.080, de 24 de noviembre de 2005, incorporó la ley 18.175 al Código de Comercio, esta referencia debe entenderse hecha al actual Título IV de dicho cuerpo legal.

¹⁰⁶ LEY 17.322, artículo 11 inciso 1º

«Declarada la quiebra de un empleador con posterioridad a su encausamiento, la quiebra no le libera de responsabilidad penal, porque semejante excusa no está prevista en ninguna ley ya que la excepción del artículo 11 se refiere a situaciones ocurridas con anterioridad al procesamiento o formalización y porque, además, si así fuera, se les habría dado a las personas una manera de eludir legalmente sus responsabilidades, lo que no se compadece con el carácter protector de las normas que dicen relación con los trabajadores, entre ellas las de tipo previsional».¹⁰⁷

Consideramos que esta interpretación adoptada por nuestros tribunales, no sólo obedece a un necesario criterio de justicia y equidad, sino que además se encuentra acorde con otras decisiones —a que ya antes nos hemos referido—, en que se ha considerado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida se produce en el instante en que se acredita la existencia del perjuicio, cuestión que a decir de la jurisprudencia ocurre cuando el sujeto activo es requerido de pago y este no concurre a él¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA, sentencia de 8 de octubre de 2007, recaída en la causa rol N° 4613-2007, reproduciendo fallo emanado del 17 Juzgado del Crimen de Santiago, rol N° 48.157-2005, ratificado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso rol N° 3323-2007.

¹⁰⁸ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Sentencia de 24 de diciembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 283-2007

7.2. Apropiación indebida de cotizaciones previsionales y prisión por deudas

Una última situación a la que haremos referencia en este trabajo, es a la presunta relación que puede existir entre el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales y la prisión por deudas.

De forma reiterada en nuestros tribunales, las defensas de los empleadores que no han dado cumplimiento al pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, y que por este hecho se han visto afectados al apremio de arresto establecido en el artículo 12 de la ley 17.322, o han sido procesados por el delito de apropiación indebida del artículo 13 de la ley 17.322 y 19 del DL 3.500, han invocado a su favor una hipotética inconstitucionalidad de dichas disposiciones, por cuanto, a su entender, establecerían un caso de *prisión por deudas*, cuestión que entraría en franca contradicción con las normas internacionales de Derechos Humanos que por expreso mandato del artículo 5º de la Constitución deben ser aplicadas en nuestro país.

En efecto, aunque por lo general la norma que se invoca para fundamentar la supuesta inconstitucionalidad de someter a privación de libertad al empleador que no ha cumplido con sus obligaciones previsionales, es el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita y ratificada por nuestro país en 1990, no es sólo

este instrumento internacional el que consagra ese derecho, sino también varios otros. A saber:

- Artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰⁹: *«Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil»*
- Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁰: *«Nadie puede ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.»*
- Artículo 1º del Protocolo Nº 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹¹¹: *«Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual.»*
- Artículo 7.7 del Pacto de San José de Costa Rica¹¹²: *«Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de*

¹⁰⁹ DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948

¹¹⁰ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, de 16 de diciembre de 1966.

¹¹¹ PROTOCOLO Nº 4 AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, de septiembre de 1963.

¹¹² CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica), de noviembre de 1969

autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios».

Una interpretación sistemática de todas las normas arriba citadas, nos lleva a concluir que el principio básico que emana de todas ellas va dirigido a evitar situaciones que, como en un pasado no tan remoto, permitían que una persona que no pudiera dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales — generalmente por falta de recursos para hacerlo, y no necesariamente por una actitud maliciosa— pudiera ser sometido a privación de libertad por ese hecho. Sin embargo este principio, incluso en la redacción dada por el Pacto de San José de Costa Rica —que difiere en algo de las otras disposiciones en comento—, se entiende que va dirigido a evitar la prisión por deudas de carácter civil, y no por otro tipo de situaciones, como son los apremios y los ilícitos penales.

Así lo han interpretado nuestros tribunales superiores, que en forma reiterada, han elaborado una nutrida jurisprudencia al respecto, en la que han declarado que tanto el artículo 12 y 13 de la ley 17.322, como el artículo 19 del DL 3.500, no sólo no son inconstitucionales, sino que están en perfecta armonía con los que son las obligaciones internacionales adquiridas por Chile a este respecto.

Así por ejemplo, tratándose del apremio de arresto del artículo 12 de la ley 17.322, la Corte de Apelaciones de Talca¹¹³, en un fallo ratificado con posterioridad por la Corte Suprema¹¹⁴, ha señalado que este: «no tiene por objeto obtener la satisfacción de una obligación civil, que es lo que proscribe el artículo 7 N° 7 de la Convención Americana de Derecho Civiles, sino que persigue lograr el cumplimiento de la obligación que afecta al empleador, en su calidad de depositario, en cuanto a enterar a la administradora que corresponda, aquellos dineros que de sus remuneraciones ha descontado a lo trabajadores.»¹¹⁵

En el mismo sentido, un fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó de noviembre de 2005¹¹⁶, en el que se citó una resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en junio de 2004, ratificada por la Corte Suprema, donde se sostuvo que «lo impago no es consecuencia del incumplimiento de obligaciones de índole civil cual es la previsión del artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sino que de la

¹¹³ CORTE DE APELACIONES DE TALCA, sentencia de 21 de julio de 2004, recaída en la causa rol N° 35.338

¹¹⁴ CORTE SUPREMA, sentencia de 2 de agosto de 2004, recaída en la causa rol N° 3.216-2004

¹¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE TALCA, sentencia de 21 de julio de 2004, recaída en la causa rol N° 35.338, considerando 4°.

¹¹⁶ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, sentencia de 29 de noviembre de 2005, recaída en la cusa rol N° 139-2005.

omisión de enterar dineros ajenos que nunca ingresaron al patrimonio del empleador y que continúan siendo de dominio de los trabajadores, hecho que, además y porque la omisión de enterar no es deuda tal apropiación ha dado lugar al tipo penal del artículo 19 inciso final del citado D.L. 3500¹¹⁷». Además, agregó la Corte de Apelaciones de Talca que: «tratándose de cotizaciones previsionales, la situación que se produce es la de incumplimiento de una obligación legal, cual es la de enterar oportunamente en la entidad previsional aquellas cotizaciones que fueron deducidas de la remuneración de los trabajadores, en cumplimiento de una obligación también legal y que es inmediatamente precedente a aquélla que se incumplió, sin olvidar que el empleador retiene las cotizaciones que descuenta y que si no las entera oportunamente se configura una virtual apropiación de los dineros del trabajador». ¹¹⁸

Finalmente, y referido específicamente a la apropiación de cotizaciones previsionales, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que «en la especie no tiene aplicación el pacto de San José de Cosía Rica, ya que no estamos en presencia de una prisión por deuda, sino de la comisión de delitos, de modo

¹¹⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 14 de junio de 2004, recaída en la causa rol N°15.169-2004.

¹¹⁸ CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, sentencia de 29 de noviembre de 2005, recaída en la cusa rol N° 139-2005.

que dándose los presupuestos anteriores, no pugna tal situación con el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Carta Magna». ¹¹⁹

Pensamos que este último pronunciamiento de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, es claro, y despeja toda duda en cuanto a la improcedencia de querer cuestionar por inconstitucionalidad la privación de libertad que sea producto de una apropiación indebida de cotizaciones previsionales. Tanto la norma del artículo 12 de la ley 17.322, como la de su artículo 13 y artículo 19 del DL 3.500, dan cuenta de obligaciones cuya fuente es la ley, y por tanto no son meramente contractuales. Más aún tratándose de la apropiación indebida, que es un delito debidamente tipificado por nuestra legislación, que en modo alguno transgrede ni el Pacto de San José de Costa Rica, ni ninguna otra obligación derivada de los tratados sobre Derechos Humanos suscritos por nuestro país.

¹¹⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 17 de abril de 2007, recaída en la causa rol N° 3323-2007, confirmada por la CORTE SUPREMA con fecha 8 de octubre de 2007, causa rol N° 4613-2007.

CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el estudio del delito de apropiación indebida por no pago de cotizaciones previsionales, podemos realizar las siguientes reflexiones sobre él:

1. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, como la española, en nuestro medio no puede caber duda de la aplicación de esta figura penal al ámbito previsional. En efecto, dada la redacción utilizada tanto por el artículo 19 del DL 3.500, como por el artículo 13 de la ley 17.322, es un hecho que el delito en ellas consagrado guarda, por naturaleza y estructura, una clara identidad con el ilícito general de apropiación indebida tipificado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, del cual pasa a ser una especie.
2. No obstante la notoria similitud existente entre ambas figuras penales, existen también entre ellas varias diferencias, las cuales, si bien no son los suficientemente relevantes como para concluir que se trata de ilícitos diametralmente distintos, sí le dan una identidad particular a la

apropiación indebida de cotizaciones previsionales, que la hacen merecedora de un tratamiento dogmático diferente.

3. El primer aspecto que salta a la vista y que diferencia ambos tipos penales, ya desde su denominación, viene dado por el objeto material sobre el que cada uno de ellos recae; así, mientras en la apropiación indebida del Código Penal, este puede ser cualquier bien mueble, en el caso de la figura creada para el ámbito de la seguridad social, sólo podrán serlo las cotizaciones previsionales, es decir, las sumas de dinero descontadas de la remuneración del trabajador, a objeto de ser enteradas en las instituciones previsionales correspondientes.
4. Otro aspecto en el que los dos tipos se diferencian, se encuentra dado por los sujetos que en ellos intervienen. Contrariamente a lo que ocurre en el delito general del artículo 470 N° 1 del Código Penal, en que tanto sujeto activo como sujeto pasivo son personas indeterminadas, en el campo previsional nos encontramos con que ambos sujetos son calificados. Así, el sujeto pasivo de la apropiación indebida de cotizaciones siempre habrán de ser trabajadores, ya que en el caso de los derecho-habientes, que también son habilitados por la ley para impetrar las acciones que de ella emanan, lo hacen más bien por una ficción legal, en virtud de la cual estos últimos se colocan en la situación de los primeros, al heredar los derechos que a ellos les

correspondían, siendo la fuente de este cambio en el sujeto la ley, y particularmente los derechos que otorga la sucesión por causa de muerte. Por su parte, respecto del sujeto activo, este en la generalidad de los casos estará identificado con el empleador, que es la única persona habilitada por la ley para realizar las retenciones de la remuneración de sus trabajadores, a título de cotizaciones previsionales. Y si bien nosotros en este trabajo nos hemos inclinado por aceptar que otras personas también puedan ser sujeto activo de este delito —ya que la ley no las excluye *a priori*—, a su vez hemos argumentado en torno a que sólo lo serían en caso de que lo hagan actuando a nombre y en representación del empleador, que son precisamente los casos en que se pone la ley 17.322.

5. Respecto del punto anterior, es decir, del sujeto activo del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, es donde surge una de las primeras críticas que se puede hacer a la ley. Toda vez que en este caso su redacción es bastante ambigua y permite llegar a conclusiones como aquella a que nosotros hemos arribado. Sin embargo, sería necesario aclarar de mejor forma esta situación, ya que lo más lógico sería que se especificara con claridad si es sólo el empleador el único que puede ser sujeto activo de este ilícito, o también le puede caber esta calidad a otros sujetos, ya que

principalmente en este último caso la situación se torna notoriamente compleja, ya que si bien no es el representante legal del trabajador, el específicamente habilitado por la ley para llevar adelante las retenciones, tampoco se le puede hacer a aquel penalmente responsable por hechos en que no ha tenido participación, como ocurriría si la persona a quien ha encomendado la realización de las gestiones de retención, declaración y pago, procediera, de forma independiente y sin su culpa, a efectuar la apropiación indebida. Sin perjuicio de ello, también sería injusto que el trabajador, que ha visto la apropiación de sus bienes, no pueda ejercer las correspondientes acciones penales que correspondan debido a que el ilícito lo cometió alguien distinto del empleador, ya que en este último caso, de no aceptarse la tesis de que esos otros individuos también pueden ser sujetos activos de este delito, tampoco podría hacerse uso de la figura general de apropiación indebida del artículo 470 del Código Penal, en tanto faltaría un elemento central para perfeccionar el tipo, cual es la existencia de un título legítimo en virtud del cual dicha persona haya adquirido la tenencia de los bienes —en este caso las cotizaciones—, y por ello tendría que recurrirse al uso de cualquier otra figura criminal, como el hurto, lo que también impondría dificultades para probarlo, restando con ello efectividad a la protección que con la figura de la

apropiación indebida de cotizaciones previsionales, se ha pretendido prestar a los trabajadores.

6. Finalmente, otro aspecto en el que se diferencian la figura general de apropiación indebida del Código Penal, y la especial del ámbito previsional, se encuentra dado por el bien jurídico que una y otra pretenden resguardar. Así, mientras en la primera existe una discusión doctrinaria respecto a si lo protegido es la propiedad en particular, o el patrimonio en general —existiendo incluso otras teorías que fijan el bien jurídico a cautelar en otros aspectos, como los derechos personales o incluso la confianza que existe en quien realiza voluntariamente la entrega de los bienes—; tratándose de la apropiación indebida de cotizaciones previsionales esta discusión pierde valor, toda vez que en esta órbita, resulta claro que lo resguardado es siempre el derecho de propiedad que posee el trabajador sobre los dineros que han sido retenidos de su remuneración por concepto del pago de las cotizaciones.

7. Ahora bien, aún cuando valoramos la inclusión en nuestra legislación de este ilícito penal como una forma de dar una mayor protección a los derechos que en este ámbito tienen los trabajadores, punto en el que Chile se encuentra bastante más adelantado que otros países —como Argentina o España—, es claro que la norma necesita ciertas

adecuaciones y aclarar algunos puntos, a fin de que en tribunales se pueda hacer un mayor uso de ella, y no ocurra como hasta ahora, que su utilización ha estado muy limitada, encontrándose sólo en el último año ejemplos en los cuales nuestros tribunales de justicia se han pronunciado a su respecto condenando a empleadores por la concurrencia de este ilícito.

8. Uno de los aspectos que es necesario aclarar, como ya dijimos es el referido al sujeto activo de este delito, señalando manifiestamente si puede serlo sólo el empleador, o también pueden adquirir tal carácter otras personas.
9. Por su parte, respecto a la conducta punible, sería necesario que la norma se extendiera en torno a las modalidades de comisión del delito, particularmente en cuanto a cuando se entiende que ha existido apropiación, crítica que en este caso además se hace extensible a la figura general del artículo 470 N° 1 del Código Penal. Aunque en el caso de las cotizaciones previsionales, el problema se hace más evidente, toda vez que al recaer el objeto material sobre dinero, es decir, una cosa fungible, entonces las formas de comisión también adquieren caracteres especiales, cuya definición debe ser aclarada. Por ejemplo, estableciendo en qué casos se entiende que ha existido un acto de disposición, que permita afirmar que ya no existe en el

sujeto activo el ánimo de restituir, sino que ha comenzado a comportarse con ánimo de señor y dueño, incorporando estos bienes a su propio patrimonio.

10. Del mismo modo, tal vez sería adecuado que la norma del ámbito de la seguridad social estableciera su propia escala de penas a ser aplicadas en estos casos, y no ocurriera como hasta ahora, que se hace referencia a aquellas dispuestas en el artículo 467 del Código Penal, que se refieren a un materia totalmente distinta, como es la estafa, toda vez que la apropiación indebida, como su nombre lo indica, es un delito de apropiación, y por tanto distinto de la estafa, que es un delito que opera en virtud de la defraudación.

11. A su vez, también sería necesario que se hiciera aclaración de qué ocurre en aquellos casos en que ha existido declaración y no pago, como expresamente habilita la ley. Ya que, como vimos, algunos autores sostienen que ello haría presumir el ánimo de restituir en el empleador, cuestión que inhabilitaría entonces para configurar el delito de apropiación indebida; empero, nuestros tribunales han sostenido una opinión diametralmente opuesta, y han considerado que incluso cuando la declaración ha sido realizada, anotando las cotizaciones en el pasivo contable del empleador, el delito de todas formas puede llegar a consumarse. Y si bien nosotros hemos estado de acuerdo con esta

última solución, también es un hecho que el mero retardo no puede ser suficiente para perfeccionar la figura típica de este ilícito, y en virtud de ello podría lícitamente argumentarse que por efectuar la declaración, al empleador que reconoce la deuda, le estaría faltando un elemento subjetivo para transformarse plenamente en sujeto activo de este delito.

12. Para terminar, creemos que se hace menester un pronunciamiento claro y contundente en torno a si en este ámbito es o no aplicable la presunción contemplada por el artículo 13 de la ley 17.322, toda vez que si bien nosotros, siguiendo a la jurisprudencia, hemos entendido que en este caso no existe necesariamente una presunción de responsabilidad penal —prohibida por nuestra Constitución—, es un hecho que la situación no es clara, y podría argumentarse que ello es así, con lo que se transgredirían principios básicos de nuestro Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Textos de doctrina*

- ALBORNOZ ORTEGA, Judith, *El Empleador Frente al Sistema Previsional Chileno*. Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006

- ALESSANDRI R., Arturo, *Similitud del Concepto de Cosa Mueble en el derecho Civil y en el derecho Penal*. En «Revista de Ciencias Penales», 2ª época, Tomo VIII. Santiago: Instituto de Ciencias Penales de Chile

- CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES, *Sistema de Pensiones en Chile*, presentación hecha el 3 de abril de 2006 ante el Consejo de Reforma Previsional. Disponible en <http://www.consejoreformaprevisional.cl>

- CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Apropiaciones Indevidas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997

- DONNA, Edgardo: *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II.B.* Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2001
- ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal, Tomo Tercero, Parte Especial.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Reimpresión de la 3ª edición, 2005
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, España, Consulta 2/1996, de 19 de febrero de 1996, *El Impago de la Cuota Obrera de Seguridad Social: Su Consideración Penal*, disponible en: <http://www.fiscalia.org/circulares/cons2-96.htm>
- PIÑERA José, *América Latina: Comienza la Gran Revolución Previsional.* En VV.AA., «*El Ahorro Previsional. Impacto en los Mercados de Capitales y la Vivienda*». Santiago: Corporación de Investigación, Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social, 1995
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean-Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial.* 2ª Edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004
- POLITOFF, Sergio: *El Delito de Apropiación Indevida.* Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR, 1992

- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Apropiación Indebida de Cotizaciones Previsionales (Ley 17.322, artículo 13)* En Gaceta Jurídica N° 241, Santiago, 2000
- SOTO, Miguel: *La Apropiación Indebida: Acción, autor y resultado.* Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR, 1994
- ZUGALDÍA, José, *Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio.* Madrid: Ediciones Akal, 1988

2. Jurisprudencia

- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 20 de noviembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 219-2006. Citando un fallo de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XL, Año 1963, 2ª Parte, Sección IV.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 20 de noviembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 219-2006
- CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, sentencia de 29 de noviembre de 2005, recaída en la cusa rol N° 139-2005

- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Sentencia de 24 de diciembre de 2007, recaída en la causa Rol N° 283-2007
- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, Sentencia de 18 de noviembre de 2002, recaída en la causa Rol N° 204458
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 14 de junio de 2004, recaída en la causa rol N°15.169-2004
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 17 de abril de 2007, recaída en la causa rol N° 3323-2007
- CORTE DE APELACIONES DE TALCA, sentencia de 21 de julio de 2004, recaída en la causa rol N° 35.338
- CORTE SUPREMA, sentencia de 2 de agosto de 2004, recaída en la causa rol N° 3.216-2004
- CORTE SUPREMA, sentencia de 29 de octubre de 2007, recaída en la causa rol N° 4583-2007
- CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de diciembre de 2005, recaída en la causa rol N° 6249-2005
- CORTE SUPREMA, Sentencia de 7 de junio de 2006, recaída en la causa Rol N° 3763-2003

- CORTE SUPREMA, Sentencia de 8 de octubre de 2007, recaída en la cusa rol N° 4613-2007
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen de 12 de agosto de 1999, ORD. N° 4102/235
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Dictamen de 25 de octubre de 1999, ORD. N° 5.372/314; y Dictamen de 3 de diciembre de 2003, ORD. N° 5230/231.
- SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL, Oficio Ordinario N° 29.169 de 30 de septiembre de 1999
- SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL, Oficio Ordinario N° 40.935 de 28 de octubre de 2003.

3. *Textos normativos*

- CÓDIGO CIVIL
- CÓDIGO DEL TRABAJO
- CÓDIGO PENAL
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica), de noviembre de 1969
- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948
- DL 3.500
- LEY 17.322
- LEY 20.255
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, de 16 de diciembre de 1966.
- PROTOCOLO N° 4 AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, de septiembre de 1963.