

EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA EN EL CASO DE LA RECEPCIÓN DE DINERO DEPOSITADO POR ERROR EN UNA CUENTA CORRIENTE: EL DEPOSITO IRREGULAR COMO TITULO*

Rodrigo Medina Jara

Profesor de Derecho Penal y del Magister en Economía y Gestión para Abogados (MEGA) de la Universidad Gabriela Mistral

I. INTRODUCCIÓN. LOS HECHOS QUE DICEN RELACIÓN CON LA INFRACCIÓN

El presente artículo tiene por objeto dilucidar si una persona que recibe en su cuenta fondos que pertenecían a otro cuentacorrentista y que son girados por aquella comete el delito de apropiación indebida**.

La conclusión a la que se arribará es que, a pesar de lo que señala la mayoría de la doctrina, existen elementos que podrían llevar a sostener ese ilícito.

II. EL DERECHO APLICABLE Y EL PROBLEMA

Corresponde, pues, establecer si la conducta del presunto sujeto activo puede ajustarse a la de un ilícito penal.

* Agradezco los comentarios y sugerencias formuladas por el profesor y amigo Antonio Bascuñán Rodríguez.

** Este artículo fue confeccionado sobre la base de la causa RUC 392 - 5, seguida ante la Fiscalía Local de Temuco, a raíz de que el Banco del Estado de Chile el día 14 de marzo del año 2001 había depositado por error en la cuenta corriente de la Sra. Marlene Olivia Soto Manosalva, más de 95 millones de pesos que debían haber sido depositados en la cuenta corriente de INDAP.

El delito que podría ser aplicable, *prima facie*, es el delito de apropiación indebida establecido en el artículo 470 N° 1 del Código Penal que señala textualmente:

“Artículo 470.- Las penas del artículo 467 se aplicarán también: 1º. 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.

En cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone”.

Parece ser que la disputa se da en torno al “título” en virtud del que el sujeto activo recibió el dinero y si es posible, por ese intermedio atribuir el carácter de apropiación indebida a ese comportamiento.

III. LOS ARGUMENTOS A FAVOR DEL DELITO

1. El Banco efectuó un depósito irregular en la cuenta corriente de la persona equivocada

De acuerdo a cierta tesis¹, si un Banco comercial o alguno de sus empleados actuando en ejercicio de su cargo ingresa fondos en una cuenta distinta a aquella en la que debió hacerlo, su conducta puede enmarcarse y analogarse a la de un depósito irregular. Esta figura de depósito, establecida en el artículo 2221 del Código Civil, es aquella clase de depósito que recae sobre dinero, que si no se hace en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda.

A pesar de que a menudo no existe una transferencia física de dinero, lo que existe es una transferencia de valor de un asiento contable a otro, elementos conceptuales que producen cambios

¹ Esta fue la que exhibió el Banco del Estado de Chile en su querrela de fecha 28 de marzo de 2001 en la causa de la nota anterior.

en las anotaciones representativas de valores patrimoniales y que son equivalentes a los actos de disposición o entrega².

Por otra parte, el depósito ha sido efectuado sin que medie cláusula o pacto que impida el uso de los fondos. Es más, si se impidiese tal uso, se frustraría el objeto del contrato de cuenta corriente bancaria, cual es que el depositario pueda utilizar las sumas o cosas depositadas.

Por ello, cuando el Banco depositó esos fondos en la cuenta corriente de la persona errónea lo hacía bajo la creencia y disposición de que ésta haría uso de ellos, como ocurrió.

En nada obsta, por otra parte, a la consideración de la naturaleza del contrato que el Banco haya depositado "por error" los fondos en la cuenta corriente de la persona equivocada, bajo la errónea creencia que lo hacía en la cuenta corriente del verdadero cuentacorrentista.

Si existe error en la persona con la que se cree se está contratando se tratará de un vicio del consentimiento, porque la consideración de la persona es la causa principal del contrato (artículo 1455 del Código Civil). En efecto, el Banco estima de máxima importancia que se deposite en la cuenta corriente del verdadero cuentacorrentista y no en otra. Por ende, el contrato, aun efectuado por error con la otra persona es válido, ya que no se ha solicitado la nulidad del mismo.

Por otra parte, como se ha señalado anteriormente, el depósito en cuenta corriente, aun realizado por error, lleva implícita la posibilidad de usar de los fondos, lo que se ajusta a los requerimientos del depósito irregular.

Cierto es que esto no ocurre en el contrato de cuenta corriente bancaria, aunque el artículo 1º inciso 1º del D.F.L. N° 707, de 1982, Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques se refiera a las cantidades "depositadas" en ella. No existe mención alguna en la ley señalada que establezca la obligación de restituir que tendría el cuentacorrentista de los fondos depositados en su cuenta corriente, ya que, incluso, pueden mantenerse cuentas corrientes sin dinero.

En conclusión, lo que no ocurre con normalidad en un contrato de cuenta corriente bancaria, ocurriría en el caso del error del

² Conde - Pumpido Ferreiro, Cándido; Estafas, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 222.

caso supuesto y sujeto a análisis, porque habría aparecido la obligación de devolución propia del depósito y del depósito irregular en particular, que hace cambiar radicalmente la naturaleza del contrato.

2.- La tesis de la estafa por omisión

El profesor y amigo Antonio Bascuñan R. nos ha formulado una aguda crítica. Nos ha señalado que resulta inverosímil calificar el caso en cuestión, vale decir, la entrega o incorporación que realiza el banco en una cuenta equivocada, como un “depósito irregular”, porque no puede sostenerse que los bancos “depositan” dinero en las cuentas corrientes de sus titulares.

En su concepto, el banco es propietario y poseedor del dinero que otros han depositado en él y que la imputación por el banco de una suma a la cuenta corriente de un titular no es un depósito, es decir, un acto que haga al banco acreedor - depositante, sino un acto erróneo de reconocimiento de deuda como deudor depositario irregular.

Bajo este concepto y dado que no es sostenible la aplicación del artículo 470 N° 1 al caso en comento, el profesor Bascuñan se inclinaría por la estafa.

Sin embargo, tal posición merece algunos reparos y comentarios:

- a. En primer lugar, parecemos estar de acuerdo en que la regla general en que los bancos imputan cantidades o simplemente colocan valores en las cuentas corrientes de sus titulares no podría ser calificado de “depósito”, siguiendo la denominación y caracterización civil del negocio.
- b. Sin embargo, parece ser que el caso “anormal” puede ser calificado como “depósito irregular”, siempre que aceptemos la posibilidad de que este pueda ser considerado un título idóneo para ello. Nuestro acercamiento, entonces, es del caso irregular y no de la conducta normal.
- c. Ahondando más en ello, la tesis de la estafa merece ser precisada. El mero reconocimiento de deuda por parte del banco (que en sí es discutible, debido a que la asignación

electrónica automática de activos lo transforma en un hecho irreal) por cierto que no configuraría el delito, sino esto sólo podría encontrarse en la asunción por la "depositaria irregular" de que el dinero no le pertenece y aún así negarse a devolverlo.

En este sentido, y siguiendo con esta tesis argumental, la versión de la "estafa" pasaría a ser más que un delito contra la propiedad un delito contra la buena fe de las relaciones comerciales usuales en donde a las personas se les prohíbe atribuirse bienes sin título, o bien, dejaría de ser un delito contra una propiedad concreta para ser un delito contra el derecho de propiedad. Nos parece que la tesis del profesor Bascuñan hace hincapié en el "atribuirse algo como propio" a haber provocado o haber incidido en el error del Banco. En ese contexto, el delito dejaría de ser un hecho relacional objetivo para transformarse o ser considerado una demostración de una "voluntad criminal" subyacente en la depositaria que ha querido mantener en su propiedad algo que no le pertenecía en realidad.

Dado que insistiremos en el carácter relacional (casi dialógico) de la estafa, el supuesto de la "acción engañosa, *precedente* o concurrente que viene a constituir la 'ratio essendi' de la estafa, realizada por el sujeto activo del delito, con afán de enriquecerse él mismo o a un tercero (ánimo de lucro)" y que es "adecuada, eficaz y suficiente para provocar un error esencial en el sujeto pasivo"³ se reemplaza por (quizás) la "no advertencia de que se cuenta con bienes ajenos como propios" o aún más, con la "negativa de entrega de bienes ajenos que se pretenden propios". En el caso en comento, el Banco no ha sido movido a disposición patrimonial por la acción del sujeto activo y este no ha desplegado energía alguna para mover a error a la entidad.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Causa P.A. 20/01. 18.09.2001. Fundamento Jurídico 1!, en el Diario de Jurisprudencia. El derecho.com. 15 de febrero de 2002 entre otras. El destacado es nuestro.

3. El depósito irregular constituye un título habilitante del delito.

El centro del argumento en contrario es el de que el depósito irregular constituye un título traslativo de dominio y, por ello, no es posible considerarlo uno de aquellos habilitantes para producir el delito de apropiación indebida, ya que el artículo 470 N° 1 del Código Penal señala la necesidad de un título **que produzca obligación de entregarla o devolverla**.

En el caso del depósito irregular, se produciría una transferencia del dominio de las cantidades y, por ello, el título habilitante no obliga a la devolución, como requeriría la apropiación indebida.

Sin embargo, podemos encontrar algunos argumentos que tienden a desvirtuar la tesis de que el depósito irregular sería un título traslativo de dominio y, por ende, no sería habilitante para ocasionar el delito de apropiación indebida:

- a. La doctrina según la cual el depósito necesario constituye una especie de mutuo, no tiene base cierta en nuestra legislación civil, ya que el artículo 2217 del Código Civil chileno no contiene referencia alguna a la transferencia del dominio, tal como lo hace el artículo 2197 del mismo cuerpo de leyes que señala que el contrato de mutuo se perfecciona por la tradición y ésta transfiere el dominio. El único alcance que efectúa aquel precepto es el de presumir el empleo del dinero, pero no existe alusión a la transferencia del dominio. Por otra parte, si acudimos al artículo 703 del Código Civil, éste, al definir los títulos traslativos de dominio señala que son los que “por su naturaleza” sirven para transferirlo. Ya se verá cómo consideramos que la naturaleza del contrato de depósito irregular no transfiere el dominio, porque se trata en esencia de un depósito.

En nuestro derecho Politoff, si bien afirma que “quien consume una cosa dispone de ella, ejerce el *ius abutendi* inherente al propietario” y que de ello “infiere”, “que el título sería en tal evento `traslativo de dominio”⁴.

⁴ Politoff Lifschitz. Sergio: El delito de apropiación indebida. Nascimento, 1957. p. 156.

Posteriormente afirma que la presunción de uso es simplemente legal y no de derecho y que incluso la ley del contrato puede primar en estos casos, pudiendo convenirse que estaría prohibido al depositario usar el dinero que se le confió⁵. Es decir, el depósito no transfiere el dominio "naturalmente", ya que esto puede ser desvirtuado, en principio, por prueba en contrario o por acuerdo entre las partes.

En otras legislaciones, v.gr. la española, se ha expresado que el depósito irregular es "en esencia", una figura de depósito, unida a la legitimación de uso y lo que hace que no sea un título apto es su asimilación "normativa" al mutuo, ya que el estatuto normativo del depósito irregular es el del mutuo (ex artículo 1767 del Código Civil Español)⁶. No existe, por tanto, en la doctrina comparada, y española en concreto, la posibilidad "normativa" o "positiva" de que el depósito irregular pueda ser considerado un título habilitante del delito de apropiación indebida, pero, paralelamente, debe reconocerse que el depósito irregular es "por su naturaleza" un depósito y no un mutuo⁷.

- b. A mayor abundamiento en este punto, puede afirmarse que de existir título traslativo de dominio en el depósito irregular, este se entendería referido a la "cantidad" y no a la especie o cuerpo cierto.

En efecto, lo que desea el depositante en el depósito irregular no es la devolución del mismo dinero específicamente entregado, sino de la "cantidad" involucrada en ello, el "género".

⁵ Ibidem., p. 157.

⁶ Esta asimilación entre préstamo mutuo y depósito irregular se encuentra correctamente explicada en Bajo Fernández Miguel; Administración desleal y apropiación indebida, en Diario La Ley, año XXII, Nº 5229, viernes 19 de enero de 2001.

⁷ Navas Navarro, Susana; *Compensación, depósito y comodato*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997, p. 177 y ss. Allí se cita a Sánchez Román y Galifa quien expresa que existen, a lo menos tres diferencias entre depósito irregular y mutuo. La primera se refiere a la causa que los motivan; en el mutuo es la necesidad del mutuario y en el depósito del deponente. La segunda se refiere al ejercicio de las acciones y la tercera alude al tiempo que puede ejercitar su acción el mutuario y el deponente.

Ahora bien, más allá de la existencia de títulos traslativos de dominio que involucren al "género" y no a especies o cuerpos ciertos, hecho de por sí discutible, no podría entenderse que el "dueño" (es decir, el depositario) sólo tuviese, por ley, la facultad de devolver, que a lo único que habilita es a devolver una cantidad similar. ¿Puede sostenerse con razonabilidad que la única facultad que nacería del dominio ejercido sobre la "cantidad" es a devolverla?⁸.

Si el depósito recae sobre "cantidades" puede afirmarse con claridad que tampoco puede existir título traslativo de dominio si la "cantidad" depositada por el Banco no le pertenecía, sino que era de propiedad del verdadero cuenta correntista, siendo imposible para la entidad bancaria transferir más derechos que los que tenía.

- c. El tercer argumento nos lo proporciona Bajo Fernández⁹, quien señala que si se excluye la posibilidad de apropiación indebida de dinero que no se entrega como especie o cuerpo cierto, se producirían dos distorsiones:

La primera es que podría llegar a entenderse que el dinero sólo constituye objeto de apropiación indebida cuando haya sido recibido como cosa específica y determinada (el dinero metido en cajas, billetes numerados, etc.). Esta solución no resulta acorde a la realidad jurídica y fáctica, porque no representa la realidad de la vida económica en que los depósitos de dinero ("darlos en guardar") no se da de esta manera y no tiene en cuenta la realidad jurisprudencial, donde se considera y se ha considerado que la apropiación indebida puede tener como objeto "cantidades" de dinero¹⁰.

⁸ Algo parecido se sostuvo en una sentencia de la Audiencia Nacional española del año 2000 donde se afirma que si bien, por el carácter fungible del dinero "se transfería su propiedad al disponente", se señalaba que "esta transmisión de propiedad (sic) se hace con una finalidad concreta", en Fernández Teruelo, Javier Gustavo; La nueva interpretación jurisprudencial del delito de apropiación indebida. Diario La Ley, año XXI, Nº 5177, lunes 6 de noviembre de 2000.

⁹ Bajo Fernández, Miguel et Al; Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos, 2ª Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 428.

¹⁰ En la jurisprudencia española, véase Rodríguez Navarro, Manuel; Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Tomo III, Aguilar, Madrid, 1960, p. 4485 y 4491. Entre

La segunda resulta bastante obvia también: Dada la fungibilidad del dinero, no puede entenderse que el depósito irregular que permite el uso de las cantidades entregadas como tal quede fuera de la apropiación indebida, mientras que la comisión o la administración, relativas a dinero puedan constituir el delito, cuando el mandante, en ambos casos transfiere el dominio del dinero - especie o cuerpo cierto¹¹.

Siguiendo los presupuestos del delito, que son:

- a) *un acto de recepción legítima (aquí estriba la diferencia con la estafa) de dinero, efectos o cualquier cosa mueble por el sujeto activo;*
- b) *la recepción de la cosa mueble ha de tener su causa en un título que produzca obligación de entregarla o devolverla, y la ley relaciona varios supuestos posibles citando el depósito (en párrafo aparte alude al depósito miserable o necesario), comisión y administración, para terminar con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas que den lugar a la entrega al sujeto activo del objeto en cuestión y de las que se derive la obligación de su puesta a disposición o devolución al último y verdadero destinatario¹², es posible incluir este caso porque deben entenderse comprendidos todos aquellos caso en que el dinero se entrega sin la voluntad de transmitir la propiedad¹³.*

4. En la persona receptora de los fondos concurren los elementos del delito de apropiación indebida.

Se ha expresado que en este caso existe una obligación de devolución, donde se exige que para la existencia del delito concorra un evidente ánimo de lucro apropiatorio que evidencie el propósito del autor de transformar aquella posesión

nosotros, Corte de Apelaciones de San Miguel, 2.08.1996, causa rol N° 1917-96, 24.04.96, causa rol 74-96 y causa rol N° 2946-96, entre otras.

¹¹ Bajo Fernández, Miguel; Administración desleal y apropiación indebida.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (España) (Secc.1ª), 1 de julio de 2000, en Actualidad Penal N° 3, 15 al 21 de enero de 2001.

¹³ Bajo Fernández, Miguel et al; Ob. cit., p. 429.

originariamente transmitida en virtud de un negocio jurídico lícito, en una propiedad definitiva que arranque la cosa del patrimonio de su titular para integrarla en el patrimonio del sujeto activo del delito¹⁴.

Esto es lo que evidencia el comportamiento de aquellas personas que, dándose cuenta de que el dinero no les pertenece, continúan disponiendo de él. En algún momento, ella trastoca y altera esa mera traslación de activos a su cuenta en una actividad llena de sentido dominical, por la vía del dolo eventual, cuando advierte que las cantidades le son extrañas y decide ocuparlas. Es en este momento de "trastocamiento" objetivamente considerable, cuando el delito se produciría.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco; Derecho Penal, Parte Especial, 9ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 295. Sentencia del Tribunal Supremo español Sala 2ª, 14 de marzo de 2001. Entre nosotros, Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol Nº 3763 – 96 ("el delito de apropiación indebida tratándose de cosas fungibles como es el dinero sólo se consuma con la negativa a restituirlo"). Lo mismo en numerosa jurisprudencia citada por Etcheberry Alfredo; el Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo III, Ed. Jurídica, 2ª Ed., 1987, p. 47 a 49 y en Politoff Lifschitz, Sergio; Ob. cit., p. 157 y 158.