

## II

### COMENTARIO

#### EL DEPÓSITO IRREGULAR COMO FUNDAMENTO DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA

La sentencia que se comenta nos merece dos consideraciones.

1. *A nuestro parecer, la entrega de dinero, hecha por el querellante al reo, no tiene por título un depósito sino unas arras o abono del precio; o un contrato innominado creado por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, similar a un abono al precio.*

La Corte, en los considerandos 11 y 14 de la sentencia comentada, se refiere a la entrega hecha por el querellante al reo como un abono al precio. Más adelante, en el considerando 17 califica, erradamente a nuestro juicio, este abono al precio como un depósito temporal.

El art. 2215 del Código Civil define al depósito como "Un contrato en que una de las partes entrega a otra una cosa

corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante”.

La entrega que nos ocupa, sin embargo, no puede calificarse como una entrega hecha para que el querellado (supuesto depositario) guarde esa cantidad de dinero y luego la restituya a voluntad del querellante (supuesto depositante) sino que se adecúa más bien a un abono al precio hecho bajo la condición tácita de que de no otorgarse el contrato de compraventa prometido, deberá ser restituido.

Además la devolución, de este supuesto depósito, no depende, en el caso en estudio, de la voluntad del depositante (querellante), como requiere el art. 2215, y como lo reitera el art. 2226, que señala: “La restitución es a voluntad del depositante”, sino que depende de la voluntad de ambas partes, en cuanto se requiere de ambas voluntades para efectuarse el contrato de compraventa en el plazo convenido. La restitución dependerá entonces, de la voluntad del depositario (querellado) y no del depositante (querellante), como requiere la ley, si aquél se niega a celebrar el contrato de compraventa, como en el hecho sucedió en este caso.

Por su parte los arts. 1803 y 1804 de Código Civil establecen que las arras, cuando se dan en prenda de la celebración o ejecución del acto o contrato, otorgan a las partes el derecho de retractarse, disponiendo que si el que se retracta es el que dio las arras, las perderá, y si es el que las recibió, deberá restituirlas dobladas.

El art. 1805 del Código Civil, por otro lado, reglamenta el caso en que las arras se dan como parte del precio o en señal de quedar convenidas las partes; en este caso, las arras tienen por objeto dejar constancia de que el contrato ha quedado definitivamente perfeccionado y que las partes no pueden dejarlo sin efecto.

A nuestro juicio esta última es la situación en que se encuentra la entrega de dinero, objeto del proceso, en un abono al precio.

Contra esta interpretación existen, sin embargo, dos argumentos:

a) Que el art. 1805 exige que conste por escrito que las arras se dan como parte del precio o en señal de quedar

convenidas las partes; a falta de estas expresiones, se presumirá de derecho que las arras dan a las partes el derecho de retractarse.

Sin embargo, las partes en el contrato de promesa, de que nos ocupamos, establecieron expresamente que de no efectuarse la escritura de compraventa en el plazo convenido, se devolvería el dinero depositado sin intereses ni reajustes (considerando 24). Las partes, por tanto, están expresamente estableciendo en caso de retractación, efectos distintos a los establecidos en el art. 1803, que señala que en caso de retractación, de quien da las arras, las pierde y de el que las ha recibido restituyéndolas dobladas.

Con todo, aun cuando, esta entrega de dinero constituyera unas arras que otorgan a las partes el derecho de retractarse, el resultado sería el mismo puesto que en ambos casos la entrega sería a título de arras y la devolución de éstas sólo se diferenciará en que en un caso se devuelven las arras (art. 1805) y en el otro se devuelven dobladas (art. 1803). Pero como dijimos en cuanto a la devolución en ambos casos operan las mismas reglas que señalaremos más adelante.

Finalmente, y en atención al principio general de interpretación de los contratos, establecido en el art. 1560 del Código Civil, que señala: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, podemos considerar la estipulación en el contrato de promesa de compraventa —de una entrega de dinero— como una promesa de compraventa con arras que se dan como parte del precio, pues no cabe duda que esa ha sido la intención de las partes, aun cuando al establecerlo en el contrato no hayan utilizado las expresiones jurídicas correctas.

b) El segundo argumento contra la interpretación sostenida aquí es que el Código Civil reglamenta las arras dentro del contrato de compraventa, por lo que no sería aplicable al resto de los contratos, como en este caso, a un contrato de promesa.

Contra este argumento parte de la doctrina<sup>1</sup> sostiene que el Código Civil erró-

<sup>1</sup> Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ: “De los contratos”, Editorial Bellas Artes, 1930.

neamente trata de las arras en el párrafo del contrato de compraventa, puesto que pueden tener cabida en todo contrato por lo que debieron ser reglamentadas dentro de las obligaciones en general. Al respecto debemos recordar que en varias ocasiones el Código Civil trata en un título especial normas de aplicación general, como sucede con los artículos que regulan la interpretación de los contratos y que sin duda son de aplicación general para todos los actos jurídicos.

Finalmente, acudiendo al principio general de la autonomía de la voluntad, que rige nuestra legislación civil, las partes pueden crear contratos distintos a los reglamentados por la ley, siempre que no sean contrarios a ésta, al orden público y a las buenas costumbres.

Concluyendo este punto, y partiendo de la base que el dinero fue entregado a título de arras, debemos determinar si esta entrega transfiere o no el dominio de lo entregado. Sólo en el caso de no ser un título traslativo de dominio, se podrá configurar la apropiación indebida, según lo exige el art. 470 N° 1 del Código Penal.

A nuestro juicio, esta entrega a título de arras transfiere el dominio de lo entregado, básicamente, debido a la naturaleza esencialmente consumible del dinero. De no ser traslativo de dominio el legislador debió haber reglamentado algún tipo de resguardo del dinero entregado para impedir su consumo. A falta de norma en este sentido, corresponde a las partes establecerlo, lo que al parecer no sucedió en el caso en estudio. De lo que podemos concluir que se entregó el dinero, como bien consumible, lógicamente para ser consumido, y por lo tanto el título es traslativo de dominio.

Al no otorgarse el contrato de compraventa prometido el querellante tiene derecho:

— A exigir el cumplimiento de la obligación, celebración del contrato de compraventa, caso en el cual no podrá pedir la devolución de lo dado, o bien,

— Pedir la resolución del contrato de promesa con indemnización de perjuicios, caso en el cual se podrá pedir la restitución ya sea de las solas arras o de éstas dobladas según se consideren aplicables los arts. 1805 ó 1803 respectivamente.

2. *Si partimos de la base de considerar correcta la calificación jurídica hecha por la Corte, en el sentido de constituir la entrega de dinero hecha por el querellante al reo un depósito, este depósito transfiere el dominio, y por lo tanto, no puede ser base del delito de apropiación indebida.*

Efectivamente el art. 470 N° 1 de Código Penal señala al depósito como uno de los títulos que permiten configurar el delito de apropiación indebida. Sin embargo, en la enumeración de estos títulos el art. 470 N° 1 señala, además del depósito, la comisión o administración y agrega una cláusula general "o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla". El art. 470 N° 1, por tanto, se está refiriendo a títulos no traslativos de dominio.

Con todo, el depósito que nos ocupa en este caso por ser de dinero, está regido por una norma especial como es la del art. 2221 del Código Civil, el cual establece que el depósito de dinero, que si no es 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.

Si el depósito irregular, como lo denomina la doctrina, autoriza al depositario a usar el dinero, que es cosa consumible, se está permitiendo que se consuma y, por lo tanto, se disponga de la cosa. Entonces, el título en este caso es traslativo de dominio e incompatible con el presupuesto requerido por el delito de apropiación indebida, que exige se trate de un título que "produzca obligación de entregarla o devolverla" refiriéndose a la especie o cuerpo cierto en concreto y no, como en el caso del depósito irregular, que obliga a restituir otro tanto en la misma moneda<sup>2</sup>.

Aunque no contamos con la información completa, en la sentencia no se hace referencia a ningún tipo de cláusula destinada al resguardo o prohibición de ha-

<sup>2</sup> Sergio POLITOFF LIPSCHITZ: "El delito de apropiación indebida", Editorial Nascimento, Santiago, 1957, Chile.

cer uso del dinero entregado, por lo que creemos que no puede configurarse la apropiación indebida en vista de la calidad de traslativo de dominio del título.

Sólo procedería, por tanto, la acción civil con el objeto de obtener:

— El cumplimiento forzado de la obligación, que consiste en la celebración del contrato de compraventa prometido o,

— La resolución del contrato de promesa con indemnización de perjuicios. Pidiéndose conjuntamente, en este caso, la devolución de lo dado en virtud del contrato de depósito, por haberse cumplido la condición resolutoria de no otorgarse el contrato de compraventa prometido.

*Riola Solano Guzmán*