PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DECRETO LEY N° 3.500 Y LA LEY N° 17.322, PARA PERFECCIONAR EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DE COTIZACIONES PREVISIONALES, POR PARTE DEL EMPLEADOR QUE OMITE PAGARLAS EN LA INSTITUCIÓN PREVISIONAL
BOLETÍN N° 9705-13

1. Fundamentos.- El *delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales* aparece en el Derecho chileno con el decreto ley Nº 3.500, del 13 de noviembre de 1980, que establece un nuevo sistema de pensiones, en el inciso final de su largo articulo 19, referido a las cotizaciones deducidas de las remuneraciones y rentas imponibles para integrar la correspondiente cuenta de capitalización individual y ahorro de cada trabajador, y luego con la ley Nº 19.260, cuyo artículo 1º, número 2, substituyó en la ley Nº 17.322, de normas para cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas de los institutos de previsión, su antiguo artículo 13 por el texto actual. Dicho inciso final del artículo 19 del decreto ley Nº 3.500 y el asimismo mencionado artículo 13, nuevo, de la ley Nº 17.322 son idénticos y coinciden cabalmente. Como bien señala Rivacoba "por su naturaleza y estructura, este delito responde al de apropiación indebida, del que viene a constituir una especie particular, con elementos, empero que restringen su amplitud y significado y le dotan de identidad y características propias"[1]. A los reparos doctrinarios, se suman otros de orden práctico que se traduce en las dificultades que presenta en la practica, por ejemplo, el reconocimiento de deuda que envuelve el hecho de declarar descuentos efectuados a fines previsionales en las remuneraciones, así como su anotación contable en el pasivo, que al decir de opiniones autorizadas "descartan por su propia entidad cualquier ánimo de apropiárselas"[2].

Estadísticas recientes demuestran la trascendencia de esta materia y la necesidad de contar con mecanismos de sanción adecuados, pues se ha señalado que existirían montos que superarían los setecientos mil millones de pesos por concepto de cotizaciones no pagadas. Por otro lado, de acuerdo al Informe de Deuda Previsional elaborado por la Superintendencia de Pensiones en diciembre del año 2013, se señala que "el número de afiliados que actualmente tienen al menos una cotización impaga es de 1.830.027, mientras que los empleadores involucrados son 215.834, con una deuda promedio por empleador de $4.788.879. Los sectores económicos que tienen mayor stock de deuda previsional son: Comercio al por mayor y menor, repuestos de vehículos automotores/enseres domésticos (15,06%); Industrias manufactureras no metálicas (13,25%) y Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler (11,59%)". Es aquí donde radica la necesidad de reformular las normas vigentes a objeto de garantizar el debido cumplimiento

[1] Rivacoba, Manuel. *Apropiación indebida de cotizaciones previsionales.* Doctrina Esenciales Gaceta Jurídica, tomo I, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2011, p: 287-295.
[2] Ídem.

respecto del mandato expreso de enterar las cotizaciones, sancionado la omisión en el pago de las sumas descontadas de las remuneraciones.

Sobre la aplicación de estas disposiciones, existen criterios jurisprudenciales divergentes, así como, la evidente necesidad de reformular la estructura típica de la regulación vigente, tales como las nociones de apropiación, distracción, y la exigencia de un perjuicio que desde luego tienen explicación en el modelo del delito de apropiación indebida. Si bien, existe un buen numero de fallos que ha tenido por establecido el delito al señalar entre otras razones que "… se ha configurado un delito de apropiación de fondos previsionales por el total retenido entre abril de 1999 y febrero de 2002, que alcanzó a más de cuatro pero menos de cuarenta unidades tributarias mensuales […] 4.- Que en cuanto a las argumentaciones de la defensa, su pretensión de no haberse cumplido las exigencias del tipo no puede admitirse, porque para cumplirlas bastaba que se retuvieran las cotizaciones y no se enteraran, demostrando el ánimo de apropiación, por lo demás, el largo tiempo durante el cual ello sistemáticamente ocurrió. Desde luego que ninguna importancia puede tener que el reo dijera que reconocía la deuda, porque no se trata simplemente de una deuda, sino de dineros ajenos que él retuvo y luego dejó para sí. En cuanto a su alegato de faltar el perjuicio, se equivoca grandemente cuando supone que éste sólo existirá al tiempo de pensionarse el trabajador" (Corte de Apelaciones de Rancagua Rol 204-2009), otras sentencias han señalado que "I. En la apropiación indebida el apoderamiento consiste en un acto de disposición, pues la cosa se encuentra en poder del agente o existe cualquier acto de voluntad que exterioriza el ánimo de tener la cosa para sí (considerando 4º, sentencia Tribunal Oral)II. Se configura el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales descontadas y no pagadas, previsto en el artículo 19 inciso final del DL Nº 3.500, ya que los agentes distrajeron fondos previsionales, al no dar cumplimiento a la obligación legal de enterarlos a los organismos de seguridad social correspondientes, reconociendo su ajenidad, desde que se trataba de dineros declarados para dichos fines de previsión, registrándolos como pasivo en los ejercicios contables de la empresa (considerando 4º, sentencia Tribunal Oral)III. Este delito debe recaer exclusivamente en una cosa fungible suma de dinero, coligiéndose que la condición de retenedor legal que impone la ley al agente lo autoriza a una distracción de los dineros con ánimo de señor y dueño, y de obtención de un lucro, toda vez que el título de entrega se asimila a la tradición, pero con cargo a enterar en su momento en la institución de previsión similar cantidad de dinero. El ánimo de apropiación exigido por el tipo penal 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, pero no en el simple apoderamiento que lo natural es que habilite para disponer de ellos, con cargo de devolverlos en similar cantidad. Sólo una vez que el ánimo de apropiación se transforma en un acto de disposición o en un acto que exterioriza el ánimo de tener la cosa para sí será cuando haya reproche penal, pues en ese momento el agente habrá encaminado inequívocamente su accionar a no devolver o enterar similar cantidad de dinero a la que se le entregó o retuvo por mandato legal. Por otro lado, este ilícito, al igual que la hipótesis general de apropiación indebida, exige perjuicio de la víctima, elemento que viene a limitar el ámbito de lo penalmente reprochable, pues no queda comprendido en el dolo del agente. Una vez que se ha producido objetivamente el perjuicio, que debe ser de carácter patrimonial, es cuando se configura el delito. En efecto, con la mera apropiación o distracción de los fondos aún no hay consumación, sino se perfecciona el delito desde que el agente deja definitivamente de ingresar los fondos al organismo encargado legal de su administración. Será, por tanto, al momento de la restitución cuando se determine el perjuicio y la consumación del delito, si ella no se produce (sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, rol 283-2007, sentencia Corte Suprema 4587-2007). Sin embargo, en algunas sentencias se han acogido criterios referidos a la inexistencia del ánimo de apropiación o bien "la 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”[3].

De los anterior se desprende que en general atendida la redacción del tipo, y su vinculación patrimonial, se exijan diversos requisitos como la apropiación (y la especial exigencia subjetiva de un ánimo de apropiación), la existencia de un perjuicio en otros requisitos que siempre conllevan una alta exigencia probatoria. Por otro lado, la superposición de normas de similar naturaleza, y la reiterada referencia a una eventual prisión por deudas, justifican una revisión de este modelo.

2. Historia legislativa y Derecho comparado. La regulación a que se hace referencia dista de tener referencias en el derecho comparado, así podemos señalar al Código Penal Alemán, que las contempla en el parágrafo § 266a, como Retención y malversación de remuneraciones de trabajo, el Código Penal Francés en el art. 314 -1 como una modalidad de distracción, entre otras legislaciones.

En la historia legislativa tal como se ha señalado su introducción es mediante legislación especial (extravagante), no de carácter penal, conjuntamente con el controvertido cambio del sistema previsional. En cuanto a propuestas de reforma se puede citar el proyecto de las Diputadas Sepúlveda, Sabat, Girardi, Saa, y los diputados Montes, Jimenez, Espinosa, que aumenta las sanciones a los empleadores que incumplen sus obligaciones sobre cotizaciones previsionales y a las instituciones de previsión o seguridad social (Boletín N°9150-13), que opta por un modelo sancionatorio administrativo mediante el aumento de las multas. Más recientemente, tratándose de las propuestas de modificación al Código Penal, como la comisión nombrada por el ex Presidente Piñera, reconoce expresamente la necesidad de reconfigurar el delito tal como se desprende del Título VIII que propone el anteproyecto referido a los delitos socioeconómicos en que se tipifica entre los delitos contra los trabajadores en el art. 351 la omisión en el pago de cotizaciones.

3. Ideas matrices.- El presente proyecto pretende superar la problemática de la estructura del delito establecido en el artículo 19 del Decreto Ley 3.500 y opta por un nuevo estatuto simplificado, según el cuál bajo los presupuesto de un *delito de omisión*, por el cual el sujeto activo cualificado –el empleador-, que hubiese

[3] Cf. Con detalle Olate, Felipe, Fuenzalida, Andrés. *Apropiación indebida de cotizaciones previsionales.* Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile 2008.

descontado de la remuneración el valor de las cotizaciones no las enterare en la respectiva institución previsional. Cabe señalar que los delitos de omisión, "contienen también una situación social desvalorativa cuyo componente más importante es la omisión de la acción mandada"[4], lo que se desprende inequívocamente de los primeros inciso del citado artículo 19.

Por otro lado, se consagra expresamente una excusa absolutoria en el caso que antes del inicio del procedimiento penal se regularice el pago ante la Institución previsional.

En mérito de lo expuesto, y los fundamentos señalados venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de ley

Artículo 1º.- Para sustituir el inciso veintitrés del artículo 19 del Decreto Ley Nº3.500 por el siguiente:

"El empleador que, habiendo descontado de la remuneración del trabajador el valor de las cotizaciones previsionales o de seguridad social de cargo de éste, no las enterare en la respectiva institución previsional, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio menor en su grado máximo. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación de pago ante la respectiva institución previsional antes del inicio del procedimiento penal".

Artículo 2º.- Deróguese el artículo 13 de la ley Nº17.322 sobre cobro de cotizaciones previsionales.

OSVALDO ANDRADE L.
Diputado de la República

FIDEL ESPINOZA S.
Diputado de la República

[4] Bustos, Juan, Hormazábal, Hernán. *Nuevo sistema del derecho penal*, ed. Trotta. 2004, p: 107.