

# REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**AÑO XXXIII — OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1965 — N° 134**

**DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ**

**CONSEJO CONSULTIVO:**

MANUEL SANHUEZA CRUZ  
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ  
JUAN BIANCHI BIANCHI  
MARIO CERDA MEDINA  
LUIS HERRERA REYES  
JORGE ACUÑA ESTAI

**ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA CONCEPCION — (CHILE)**

**EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ**

**Profesor de Derecho Civil de la  
Universidad de Concepción**

### **ASPECTOS CIVILES EN UN CASO DE APROPIACION INDEBIDA**

Una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Concepción falló, el 26 de Junio de 1963, absolviendo al reo de la acusación de ser autor del delito de apropiación indebida —artículo 470, N° 1° del Código Penal—, por haber retirado para sí cierta madera cuya explotación había realizado en virtud de un contrato anterior con el dueño de los bosques (1).

Había que determinar en la sentencia la naturaleza jurídica del derecho del explotador, como cuestión civil previa para dar por establecida o no la existencia del delito que se le imputaba, apreciación que los jueces hicieron acertadamente, en nuestro concepto, en cuanto a la conclusión final a que llegaron.

Sin embargo, la fundamentación jurídica del fallo, al adolecer de una relativa generalidad, motivó un comentario del profesor don Fernando Fueyo Laneri, cuyos principales puntos de vista no compartimos (2).

---

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo 60, Sección 4ª, página 305.

(2) Véase **Fernando Fueyo Laneri**: "El contrato de explotación maderera frente a una sentencia sobre delito de apropiación indebida"; en "Revista de Derecho y Ciencias Sociales" de la Universidad de Concepción, N° 131 (Enero-Marzo de 1965), páginas 37 y siguientes.

1.—El caso era el siguiente: La Sucesión Millán representada por don Tomás Kelly, entregó a don Juan Moltedo la explotación de 50.000 pulgadas de madera de pino de los bosques ubicados en los fundos "Ramadillas" y "La Guinga" pertenecientes a dicha Sucesión. El contrato se celebró el 29 de Diciembre de 1958.

Moltedo se comprometió a efectuar la explotación, corriendo con los gastos de instalación de maquinarias, pago de salarios, leyes sociales, etc., y el plazo se fijó en tres meses contados desde que se empezaran las faenas. Agregaba el contrato que la explotación se haría a base de porcentaje, correspondiendo a cada una de las partes el 50% de las maderas obtenidas, comprendidas las de canto vivo, cuarterones y tapas.

Moltedo retiró la madera obtenida en la primera "postura" —instalación del banco para aserrar y accesorios— de "Ramadillas" y en las dos posturas de "La Guinga", sosteniendo que fue autorizado para ello por la Sucesión Millán porque así enteraba su 50%, mientras que la otra parte obtenía su otra mitad con la segunda postura de "Ramadillas".

La Sucesión Millán se querelló contra Moltedo, imputándole el delito de apropiación indebida que sanciona el artículo 470, N° 1° del Código Penal, por el retiro de la madera que, según esa Sucesión, le pertenecía en dominio como dueña que era de los fundos —accesión—.

2.—Procedía, pues, analizar en la sentencia si concurrían o no en la especie los elementos que tipifican el delito antedicho. Tales elementos son: a) Apropiación de una cosa mueble; b) Título que imponga la obligación de entregar o devolver la cosa; y c) Perjuicio de tercero.

Al hacer este análisis se resolvió en el fallo que el delito no estaba configurado. Desde luego, porque el contrato originó una situación de condominio entre las partes, correspondiendo a cada una la mitad de la madera elaborada, de suerte que antes de la partición no podía sostenerse que la Sucesión Millán fuese dueña exclusiva de las especies que había retirado Moltedo —Considerandos 6° y 8°—; en seguida, porque el título en cuya

virtud el querellado recibió los árboles para explotarlos no podía estimarse como de mera tenencia —Considerando 11°— y, finalmente, porque siendo la madera una cosa fungible resultaba que si Moltedo había retirado un porcentaje superior al 50%, esas pulgadas podían ser devueltas, evitándose así todo perjuicio para la Sucesión —Considerando 12°—.

3.—El aspecto civil que interesa estudiar es el que se refiere a la naturaleza jurídica del contrato celebrado y de los derechos adquiridos por las partes en razón de este título.

4.—Lo primero que cabe destacar es que se trata de un contrato de explotación maderera, es decir, que antes de estar elaboradas las maderas las partes sólo han tenido créditos recíprocos —la Sucesión Millán a exigir la explotación y Moltedo a exigir el traspaso de la cuota del 50% en el dominio de la madera—, créditos que, mientras subsistieron como tales, determinaron que la Sucesión Millán continuara de dueña exclusiva de los árboles.

Naturalmente, que todo lo dicho es en el entendido de que los bosques tienen aquí la condición jurídica de muebles por anticipación, en el contrato, con arreglo al artículo 571 del Código Civil.

Decimos esto, porque interesa precisar desde qué momento se produjo el desplazamiento del dominio exclusivo de la Sucesión al dominio cuotativo adquirido por Moltedo sobre el 50% de la madera, reteniendo el otro 50% aquélla. La sentencia no lo establece con precisión en el Considerando 6°, pero tampoco se desprende de su contexto que reconozca la copropiedad como iniciada en la misma fecha del contrato.

Y no podía ser así, puesto que, tratándose de una transferencia de dominio, el contrato era el título al cual debía seguir la respectiva tradición para producir el traspaso cuotativo del derecho.

¿Cuándo se hizo, pues, la tradición del dominio del 50% a Moltedo?

Según el profesor Fueyo, la tradición se produjo al separarse los árboles del suelo, al ser éstos cortados, por aplicación

del artículo 685 del Código Civil en relación con el artículo 571 del mismo cuerpo de leyes.

No compartimos esta opinión.

En efecto, el artículo 685 se aplica en relación con el artículo 571 de ese Código, cuando se trata de la tradición de cosas determinadas —especies materiales— como cuando se vende el bosque tal o los animales de una finca individualizados, ya que sólo las cosas materialmente determinadas admiten esta separación física demostrativa de su tradición. Pero no puede aplicarse dicho artículo 685 a los casos en que la cosa tradita —como sucede aquí— es una cuota-parte intelectual equivalente al 50% de la madera elaborada. Tan evidente es que esa cuota no admite separación material, que antes de la partición no está singularizada en parte alguna del bien indiviso.

Es por eso que estimamos que la tradición del dominio sobre el 50% de la madera se realizó por la circunstancia de hecho de haberse puesto término a la elaboración de la misma. Se trata, precisamente, de un caso de tradición simbólica, porque las partes significaron claramente en el mismo título o contrato de explotación, su intención compartida en orden a constituir esta copropiedad, lo que suponía dicha tradición, y ello desde el momento en que hubo madera elaborada, "comprendidas las de canto vivo, cuartones y tapas".

En otras palabras, la tradición operó en forma simbólica, que es la regla general cuando ella recae sobre bienes muebles conforme al inciso 1° del artículo 684 del Código Civil, cuya enumeración como se sabe no es taxativa.

Por consiguiente, si la madera que retiró Moltedo no eran trozos de árboles sin elaborar sino que madera ya elaborada, nos parece claro que retiró especies sobre las cuales tenía un condominio ya adquirido por tradición, y ello excluye la idea de apropiación indebida en el plano penal, trasladando el problema el ámbito de las relaciones que origina el cuasicontrato de comunidad.

5.—La segunda cuestión que considera la sentencia, es la que se refiere a la naturaleza del título en cuya virtud Moltedo

recibió los árboles para explotarlos, en relación con la calidad jurídica que adquirió sobre la madera elaborada.

En este orden de ideas, el fallo llega a la conclusión de que el título o contrato de explotación no es de mera tenencia sino traslativo de dominio, razón por la cual faltaría el requisito que configura al delito en cuestión: la existencia de un título de mera tenencia que obligue a entregar o devolver la cosa.

El profesor Fueyo opina que la sentencia no es exacta en esta parte, porque la calidad jurídica de Moltedo era la de un mero tenedor de la madera, ya que en un 50% a lo menos reconocía dominio ajeno, y porque si no fuera mero tenedor no se ve cómo podía lograrse el inventario, reparto y adjudicación a cada uno de lo que le correspondía por su cuota.

Creemos que está en lo cierto la Corte de Apelaciones de Concepción, aunque habría que aclarar que el precepto penal —artículo 470, N° 1°— no exige que se trate de un título de mera tenencia para que haya apropiación indebida —aceptemos sí que es el caso más frecuente—, sino que puede tratarse de cualquier contrato que imponga a la parte la obligación de entregar o devolver la cosa. Por ejemplo, en este mismo contrato de explotación maderera, si habiéndose recibido Moltedo de los árboles, y sin explotarlos aún se hubiera negado a restituir los bosques al dueño, negándose al mismo tiempo a hacer la explotación ¿no habría acaso una apropiación indebida originada en el incumplimiento de una obligación contraída en un título traslativo de dominio? Decimos esto, porque llama la atención el planteamiento de la Corte acerca de que es requisito tipificante del delito la existencia de un título de mera tenencia y no la de un título en general obligatorio para el deudor de la cosa, como nos parece que es la norma.

Ahora, en cuanto al fondo del problema, es evidente que en virtud del solo contrato de explotación, Moltedo no contrajo la obligación de entregar toda la madera ni parte de ella a la Sucesión Millán y, por el contrario, como esta última asumió la obligación de transferir el 50% de la madera elaborada, quiere decir que, terminada la explotación y operada la tradición del dominio, ambas partes quedaron colocadas en la calidad jurídica de

coposeedoras de toda la madera elaborada —50.000 pulgadas— y sujetas a las reglas de la comunidad.

En otros términos, ambos contratantes tuvieron la posesión de toda la madera, porque el título los habilitó para comportarse como dueños respecto a toda la cosa determinada, en cuya posesión podían entrar en virtud del mismo título —artículo 700— sin que su situación de dueños proindiviso pueda estimarse como un “reconocimiento de dominio ajeno” cualificativo de mera tenencia —artículo 714, inciso 2°—, ya que esa indivisión mira exclusivamente al derecho y al ejercicio de éste en sus relaciones de comunidad, pero no mira a la situación jurídica en que se hallan frente a la cosa determinada que poseen, puesto que la posesión por su naturaleza no admite ejercicio cuotativo por una parte, ni desdoblamiento del poseedor, que sería tal respecto a una cuota y mero tenedor respecto a otra.

Como lo ha fallado la Corte Suprema, cada comunero y todos ellos poseen **el total de la cosa común** (3), de suerte que no hay posesión exclusiva de cuota; lo que basta para desechar la idea de mera tenencia en este caso en que Moltedo era coposeedor de toda la madera, aunque con relación al dominio fuese un indivisario sujeto al régimen de la comunidad.

Mientras las cuotas no están singularizadas en la cosa común, mal puede hablarse de posesión de cuota; se posee toda la cosa o se tiene la mera tenencia de toda la cosa.

6.—Podemos afirmar, pues, a modo de conclusión, que no hay apropiación indebida si la cosa mueble de que dispone una persona le pertenece en condominio al tiempo del retiro y si el título en cuya virtud la adquirió no le impone la obligación de entregarla o devolverla.

Su calidad jurídica es la de un coposeedor de toda la cosa, lo que excluye el concepto de mera tenencia sobre todo o parte de ella, sin perjuicio de que a causa de la indivisión del dominio se encuentre sujeto, en lo tocante a la administración y liquidación, a las reglas de la comunidad.

---

(3) “Revista de Derecho y Jurisprudencia”: Tomo 28, Sección 1ª, página 546.