

**CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA
CONTRA DELGADO ÁLVAREZ, GASTÓN
3 DE JULIO DE 2009**

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de apelación.*

DOCTRINA: *Sin perjuicio de lo señalado en el fallo en alzada, se hace necesario precisar que el delito de “apropiación indebida” por el que se condenó a Gastón Bernabé Delgado Álvarez tiene lugar por la no rendición de cuenta conforme de \$22.409.433, entregados por el FOSIS entre los años 1999 a 2001 a la Consultora “REDUWORK LTDA”, de la que el condenado era representante legal, para el desarrollo de proyectos sociales.*

Los dineros no rendidos, ni respaldado su uso adecuadamente, en la ejecución de los proyectos por la Consultora REDUWORK LTDA., y que son objeto de este proceso, fueron observados por la Contraloría Regional de Los Lagos, la cual en su correspondiente informe deja establecida la presencia de diversas anomalías e irregularidades, las que dicen relación, principalmente, con la falta de antecedentes escritos que justifiquen los gastos e inversiones contempladas en los proyectos, el incumplimiento de los procedimientos y fines determinados por las normas técnicas aplicables en la materia para la ejecución de los proyectos, la ausencia de documentación que respalde los desembolsos a terceros beneficiarios o colaboradores de los proyectos sociales, la asignación de recursos a personas que no cumplieran con los requisitos reglamentarios establecidos en los proyectos, la adulteración de algunos comprobantes de gasto y la falta de concordancia entre los gastos declarados por la consultora y las partidas contempladas en los proyectos respectivos, sin que el FOSIS ni la Consultora REDUWORK den una explicación circunstanciada de

dichas anomalías ni aporten nuevos antecedentes que permitan desvirtuar las acusaciones formuladas por el ente contralor.

Este informe de la Contraloría Regional de Los Lagos es un elemento relevante para la configuración posterior del delito de “apropiación indebida” ya que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, los informes de este organismo generan, respecto de los hechos e irregularidades observadas, una “presunción grave” en contra de los procesados por estos hechos.

El hecho que los contratos administrativos sean ejecutados bajo la modalidad de “suma alzada”, con un sistema flexible y desformalizado de rendición de cuentas periódica al FOSIS, no impide una fiscalización y revisión posterior de parte de éste, más aún cuando el propio contrato establece obligaciones precisas y determinadas para el ejecutor del proyecto, incluido el cumplimiento estricto de metas, metodología de trabajo, ítems presupuestarios y beneficiarios, lo que el propio FOSIS debe cautelar a través de la revisión del informe analítico y evaluativo anual de cada uno de los proyectos. A estos efectos el FOSIS, precisa el Anexo 1 que forma parte integrante del contrato, “está facultado para realizar auditorías, que permitan determinar el destino de los fondos del proyecto y el uso dado a los mismos, por el ejecutor”, facultándose al ente público para acceder a “toda la documentación contable o de otro tipo necesaria para la elaboración del informe”.

En este contexto parece evidente que el establecimiento de una modalidad flexible y desformalizada de rendición de cuentas aplicable a los proyectos adjudicados bajo la modalidad de “suma alzada”, sólo dicen relación con la forma de obtener y acreditar la percepción de los recursos públicos de parte del FOSIS, pero de manera alguna exime al ejecutor de tener respaldo suficiente de la inversión y gastos de los recursos públicos asignados, particularmente frente a una fiscalización de la Contraloría General de la República, órgano constitucional encargado precisamente de fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos públicos (artículo 98 de la Constitución Política de la República). De este modo, la Consultora y su representante legal no cumplieron con su obligación de administrador fiduciario de

dichos recursos públicos, ya que no se pudo comprobar la utilización de los mismos para los fines establecidos.

Ello es suficiente para configurar, de acuerdo a nuestra doctrina penal, el tipo penal de la “apropiación indebida”, ya que se entiende que la no restitución al momento de exigirse la cuenta correspondiente, expresa o tácitamente configura la conducta típica sancionada en la ley.

La circunstancia de no haberse acreditado en el proceso que dichos recursos hayan ingresado efectivamente al patrimonio del encausado Delgado Álvarez, como lo sugiere la defensa, no desvirtúan el tipo penal de la apropiación indebida, ya que como lo sugiere la doctrina y lo confirma la jurisprudencia, el delito se configura por la no restitución de las especies entregadas previamente y comportarse respecto de ellas con ánimo de señor y dueño, ya que con ella se genera el perjuicio exigido en esta conducta típica.

En este sentido, y como lo ha sostenido la propia Excma. Corte Suprema, ya se entienda la apropiación indebida de dinero, en su versión más clásica, como una no rendición correcta y oportuna del dinero entregado en administración o, en una formulación más moderna, como la distracción del dinero, por su uso a fines distintos a los determinados por el mandante (en este caso, el FOSIS), revelando una gestión desleal de los negocios encomendados, la configuración del tipo penal y el perjuicio se produce por la no restitución oportuna del dinero, y no por la incorporación efectiva de éste al patrimonio personal del apropiante. Exigir esto último sería, por lo demás, una prueba imposible, ya que la propia naturaleza fungible del dinero, impediría o haría imposible la configuración del tipo penal establecido.

En este sentido, parece indubitable que el procesado, como representante legal de la Consultora REDUWORK LTDA., es autor del delito de apropiación indebida establecido en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 467 del mismo Código, ya que no utilizó los dineros entregados por el FOSIS en la forma y bajo las instrucciones y reglas definidas por éste en los contratos y sus anexos, lo que se ha materializado, finalmente, no dando cumplimiento a su obligación de dar cuenta razonada de los mismos y, posteriormente, negándose a restituirlos una vez.

OBSERVACIÓN: LA SENTENCIA SE ENCUENTRA EJECUTORIADA.

VALDIVIA, tres de julio de dos mil nueve.-

VISTOS:

Se reproduce la parte expositiva, considerandos y citas legales de la sentencia en alzada, y se le introducen las siguientes modificaciones:

En la parte expositiva, primer y segundo párrafo se reemplaza el apellido “HERNÁNDEZ” por “ÁLVAREZ”, las veces que allí aparece. En el acápite que se inicia con las expresiones “A fojas 443...” se reemplazan las palabras “con la acusación” por “con la acusación”, y “delgado y cia.” por “Delgado y Cía.”. En el párrafo que comienza con las palabras “A fojas 452...” se sustituye “Octai” por “Octay”; en la foja 566 vuelta se reemplaza el guarismo “67 N° 1” por “467 N° 1”; en la foja 566 se reemplaza “en l época” por “en la época”.-

En el motivo primero, acápite N° 5) se sustituyen las expresiones “de en Río Negro” por “de Río Negro”; en los N°s 6), 7) 12), 13), 14), 15), 16), 17), 18), 19), 21), 22), 23), 24), 25), 27) 29), 30) y 31) se reemplaza el apellido “Hernández” por “Álvarez”; en el numeral 6) se sustituye el apellido “Arraigada” por “Arriagada”.-

En el considerando segundo, letra a) se sustituye el apellido “Hernández” por “Álvarez”.-

En el fundamento sexto se coloca comilla (“) después de la palabra “individuales”; se reemplaza “fosis” por “FOSIS”; en la foja 584 vta., se sustituye la palabra “informas” por “informes”.-

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que don Natalio Vodanovic Schnake, por el Fisco de Chile, dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, en la parte que aplicó al procesado Gastón Bernabé Delgado Álvarez una multa de 15 unidades tributarias mensuales, a fin de que se eleve a 21 unidades tributarias mensuales por cuanto la sentencia recurrida al aplicar el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal aumentó la pena en un grado resultando la sanción que indica el fallo; sin embargo, respecto de la multa omitió tal aumento, puesto que le impuso la del N° 1 del artículo 467 del Código

Penal y no la superior en grado que conforme el inciso final de este artículo va de 21 a 30 unidades tributarias mensuales.-

SEGUNDO: Que el procesado y su apoderado dedujeron recurso de apelación al ser notificados de la sentencia de primera instancia (fs. 594 y 602) y en la minuta de alegato la defensa del encarado mantuvo los argumentos que formuló en la contestación de la acusación manifestando que no se acreditó el delito de apropiación indebida; que no es procedente la acción civil y ella es inoponible por cuanto de ser procedente debió dirigirse en contra de la persona jurídica Sociedad Consultora REDUWORK Limitada y su patrimonio, ya que dicha entidad fue la licitadora, contratante y ejecutora del proyecto y no Gastón Delgado Álvarez como persona natural.-

TERCERO: Que si bien no fueron notificadas por el estado diario las resoluciones de fojas 595, 601 y 603 que concedieron los recursos de apelación que interpusieron las partes antes mencionadas, no es menos cierto que los apoderados del Fisco y del procesado se hicieron parte en esta instancia, presentaron escritos (fojas 607 y 613), por lo que debe entenderse que tomaron conocimiento de la concesión de sus recursos, y además comparecieron en esta instancia a fin de proseguir con la tramitación y fallo de sus respectivos recursos.-

CUARTO: Que, sin perjuicio de lo señalado en el fallo en alzada, se hace necesario precisar que el delito de “apropiación indebida” por el que se condenó a Gastón Bernabé Delgado Álvarez tiene lugar por la no rendición de cuenta conforme de \$22.409.433, entregados por el FOSIS entre los años 1999 a 2001 a la Consultora “REDUWORK LTDA”, de la que el condenado era representante legal, para el desarrollo de proyectos sociales.-

Según la querrela presentada por el FOSIS, más la ampliación posterior incluía la utilización y rendición irregular de dinero público de los siguientes proyectos (fs 1-12 y 68-73):

- a) “Educación, Trabajo, Herramientas para el Desarrollo Personal”, COD 10.019191.00004-01;
- b) “Empleo Especializado”, COD 10.520201.00002-01;
- c) “Desarrollo de Acciones de Empleo”, COD 10.520201.00011-00;
- d) “Espacios Individuales”, COD 10.520301.00010-00;
- e) “Desafiando los Años”, COD 10.0813.03389;

- f) Desafiando los Años Continuidad, COD 10.0814.03671;
- g) Caracterización y Factibilidad en comunas de Puerto Octay y Purranque, COD 10.111301.00007.-

El total de los dineros públicos asignados a la Consultora REDUWORK LTDA para ejecutar estos proyectos alcanzaban la suma de \$72.755.000, de los que fueron irregularmente rendidos, o no rendidos derechamente, \$47.441.103, según informe N° 60/2003 de la Contraloría Regional de Los Lagos (fs. 14-44, 119-150 y 203-235 del cuaderno de documentos).-

No obstante lo anterior, el procesamiento, la acusación y la condena de primera instancia (fs. 368-369, 433-434 y 558-588, respectivamente) sólo recae sobre los 4 primeros proyectos antes enumerados, los que presentan falta de rendición o comprobantes de gastos por \$21.709.433, desglosándose esta cifra con los siguientes montos específicos no rendidos:

- i. Proyecto “Educación, Trabajo, Herramientas para el Desarrollo Personal”, con un monto no rendido de \$2.299.848.
- ii. “Empleo Especializado”, con un monto no rendido de \$10.722.000.
- iii. “Desarrollo de Acciones de Empleo”, con un monto no rendido de \$3.420.000.
- iv. “Espacios Individuales”, con un monto no rendido de \$5.267.585.-

Total: **\$21.709.433.-**

QUINTO: Que los dineros no rendidos ni respaldado su uso adecuadamente en la ejecución de los proyectos por la Consultora REDUWORK LTDA. y que son objeto de este proceso, fueron observados por la Contraloría Regional de Los Lagos, en informe N° 60, de 6 de junio de 2003. Dichos informes (que constan a fs. 14-44, 119-150 y 203-235, del cuaderno de documentos) dejan establecido la presencia de diversas anomalías e irregularidades, las que dicen relación, principalmente, con falta de antecedentes escritos que justifiquen los gastos e inversiones contempladas en los proyectos, incumplimiento de los procedimientos y fines determinados por las normas técnicas aplicables en la materia para la ejecución de los proyectos, ausencia de documentación que respaldara los desembolsos a terceros beneficiarios o colaboradores de los proyectos sociales,

asignación de recursos a personas que no cumplían con los requisitos reglamentarios establecidos en los proyectos, adulteración de algunos comprobantes de gasto y falta de concordancia entre los gastos declarados por la consultora y las partidas contempladas en los proyectos respectivos. Estas observaciones se mantienen posteriormente por la Contraloría Regional (Oficio N° 388, de 21 de enero de 2004, que consta a fs. 179-182 del cuaderno de documentos y fs. 439-442 del proceso), sin que el FOSIS ni la Consultora REDUWORK den una explicación circunstanciada de dichas anomalías, ni aporten nuevos antecedentes que permitan desvirtuar las acusaciones formuladas por el ente contralor.-

Este informe de la Contraloría Regional de Los Lagos es un elemento relevante para la configuración posterior del delito de “apropiación indebida”, ya que de acuerdo a lo señalado en el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, los informes de este organismo generan respecto de los hechos e irregularidades observadas, “presunción grave” en contra de los procesados por estos hechos.-

Este informe aparece respaldado en gran parte por la Policía de Investigaciones de Chile, en informes policiales N° 932 y N° 1864 de 2004 (fs. 76-90 y fs. 213-217, respectivamente) y N° 386 de 2006 (fs. 272-284), en que corroboran lo afirmado por la Contraloría Regional de Los Lagos, pero especialmente en los peritajes contables elaborados por el Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones (informes N° 3, de 31 de enero de 2007 y N° 24, de 31 de julio de 2007, fs. 326-334 y fs. 341-357, respectivamente). En estos peritajes se confirma la falta de respaldo de los gastos e inversiones declaradas por la Consultora REDUWORK LTDA. en la ejecución de estos proyectos, estableciendo las inconsistencias y vacíos, sin perjuicio de dar por suficientes algunos comprobantes de egreso (en número no significativo) objetados por la Contraloría Regional de Los Lagos y que disminuyen parcialmente lo observado por aquella.-

SEXTO: Que estos antecedentes aparecen respaldados por declaraciones de diversos testigos, que dan cuenta de la falta de entrega efectiva del total de los recursos públicos que contemplaban los proyectos, la entrega parcial de bienes considerados en el desarrollo de algunos de éstos y la falta de cumplimiento efectivo de los requisitos establecidos para la obtención de alguno de los subsidios contemplados en los proyectos, circunstancias todas que eran conocidas para

el ejecutor del proyecto al momento de desarrollar los mismos (fs. 91-97, fs.191-207 y fs. 286-307).-

En este sentido, es evidente, y así fluye de los antecedentes que constan en el proceso, que la Consultora REDUWORK LTDA. no pudo acreditar fehacientemente el gasto y la inversión de los recursos públicos asignados por el FOSIS en los bienes, asignaciones y subsidios contemplados específicamente en cada uno de los proyectos sociales antes identificados, lo que queda en evidencia al hacer una revisión detallada de los mismos.-

No obstante, el procesado Gastón Bernabé Delgado Álvarez, como representante legal de la Consultora REDUWORK LTDA, pese a reconocer tales inconsistencias y objeciones, aduce que ello obedecería a un simple desorden administrativo e incluso extravío de documentación sustentatoria de los gastos e inversiones. Tales circunstancias impedirían hablar de un mal uso de los recursos, como pretendió la Contraloría Regional de Los Lagos con su informe ya citado, sino sólo una falta de respaldo del uso de esos recursos o una carencia de la documentación que permita dar una cuenta detallada del uso de los mismos. Por lo demás, esta última circunstancia, no estaría exigida legalmente para los proyectos sociales que desarrollaba la Consultora REDUWORK LTDA, desde el momento que ellos estarían adjudicados bajo la modalidad de “suma alzada” (fs. 235-236).

Lo afirmado por el Sr. Delgado Álvarez es parcialmente cierto, ya que efectivamente tres de los cuatro proyectos que forman parte de este proceso están adjudicados bajo la modalidad de “*suma alzada*”, contemplándose expresamente que en este caso “la rendición de cuentas consistirá en la factura o boleta del Ejecutor por el total del aporte recibido” (punto 8, letra b, del Anexo N° 1 de las “Disposiciones generales aplicables a los contratos suscritos entre el Fondo de Solidaridad e Inversión Social y los Ejecutores de los Proyectos”). Sin embargo, esta modalidad, contrariamente a lo sostenido por el Sr. Delgado Álvarez, como lo señala el propio Anexo 1 antes citado (puntos 3, letra b y 8 letra a), no impide una fiscalización y revisión posterior del FOSIS de la ejecución del proyecto, ya sea en cuanto a los procedimientos y fines establecidos, como en cuanto a la utilización de los recursos públicos comprometidos.-

La circunstancia de que un contrato sea a “suma alzada”, como efectivamente son tres de los cuatro proyectos objeto de este proceso, sólo se refiere a un sistema de fijación del precio del contrato, que

consiste básicamente en que el contratante con la Administración del Estado hace una oferta por la obra o servicio a un precio fijo, único y cerrado, asumiendo al mismo tiempo, el riesgo por el eventual aumento de precios por los insumos necesarios para llevar adelante la obra o servicio (Moraga, Claudio. *Contratación Administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 248).-

SÉPTIMO: Que, en este sentido, los contratos administrativos sean ejecutados bajo la modalidad de “suma alzada”, con un sistema flexible y desformalizado de rendición de cuentas periódica al FOSIS no impide una fiscalización y revisión posterior de parte de éste, más aún cuando el propio contrato establece obligaciones precisas y determinadas para el ejecutor del proyecto, incluido el cumplimiento estricto de metas, metodología de trabajo, ítems presupuestarios y beneficiarios (punto 1, letra b, del Anexo 1, ya citado), lo que el propio FOSIS debe cautelar a través de la revisión del informe analítico y evaluativo anual de cada uno de los proyectos (punto 2, letra a, del Anexo 1). A estos efectos el FOSIS, precisa el Anexo 1 que forma parte integrante del contrato, “está facultado para realizar auditorías, que permitan determinar el destino de los fondos del proyecto y el uso dado a los mismos, por el ejecutor”, facultándose al ente público para acceder a “toda la documentación contable o de otro tipo necesaria para la elaboración del informe” (punto 3, letras a y b del Anexo 1 ya citado).-

Corroborando lo anterior lo establecido a propósito de la “rendición de cuentas” el Anexo 1 del contrato antes citado, ya que antes de establecer específicamente que esta rendición, en los contratos suscritos bajo la modalidad de “suma alzada”, se realizan mediante la extensión de “factura o boleta del Ejecutor por el total del aporte recibido”, dispone que existe una obligación para todo Ejecutor de un proyecto de este tipo, “mantener a disposición del FOSIS y la Contraloría General de la República, registros apropiados con toda la documentación necesaria para demostrar la correcta inversión de los fondos aportados para el financiamiento del Proyecto” (punto 8, letra a del Anexo 1 citado).-

OCTAVO: Que en este contexto parece evidente que el establecimiento de una modalidad flexible y desformalizada de rendición de cuentas aplicable a los proyectos adjudicados bajo la modalidad de “suma alzada”, sólo dicen relación con la forma de obtener y acreditar la percepción de los recursos públicos de parte del FOSIS, pero de

manera alguna exime al Ejecutor de tener respaldo suficiente de la inversión y gastos de los recursos públicos asignados, particularmente frente a una fiscalización de la Contraloría General de la República, órgano constitucional encargado precisamente de fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos públicos (artículo 98 de la Constitución Política de la República). Así, la omisión de rendición de cuenta detallada de los proyectos señalados, sólo constituye un mecanismo de agilización para la entrega de los recursos adjudicados por el FOSIS y, a lo más, una modalidad de control laxo por parte de éste (cuestión que confirma el propio Director Regional del FOSIS a fs.542), pero que no impide un control más exhaustivo del gasto público por los órganos administrativos competentes.-

NOVENO: Que así es evidente que la Consultora REDUWORK LTDA, al no aportar documentación sustentatoria que respalde el gasto y la inversión de los recursos públicos asignados para la ejecución de los proyectos sociales adjudicados, no cumplió con las obligaciones legales establecidas para este tipo de proyectos, no rindiendo cuenta cabal del uso de esos recursos, ni el cumplimiento efectivo de las metas y fines establecidos, ni su entrega a los beneficiarios establecidos. De este modo, la Consultora REDUWORK LTDA y su representante legal, Gastón Bernabé Delgado Álvarez, no cumplió con su obligación de administrador fiduciario de dichos recursos públicos, ya que no se pudo comprobar la utilización de los mismos para los fines establecidos.-

Lo anterior es más evidente aún en el caso del proyecto adjudicado bajo la modalidad de “administración delegada” (Proyecto “Desarrollo de Acciones de Empleo”, COD 10.520201.00011-00), ya que en este caso, la Consultora REDUWORK LTDA, no cumplió aún con el propio FOSIS la obligación de rendir una cuenta detallada, con toda la documentación correspondiente de cada gasto realizado, tal como lo exige el Anexo 1 del contrato ya citado (punto 8, letra b, ii).-

Ahora bien, a la falta de rendición de cuentas ya establecida, se añade una comprobada infracción a las reglas establecidas en la asignación de los recursos públicos de que tratan estos proyectos, ya sea por su asignación como beneficiarios a personas que no cumplieran los requisitos reglamentarios establecidos para ello (particularmente, la calidad de cesantes inscritos en las Oficinas de Intermediación Laboral correspondientes), ya por la utilización de los recursos para la

adquisición de bienes no considerados en el proyecto (computadores, neumáticos, materiales de oficina), ya por la falta de entrega de los recursos a los colaboradores (empleadores) de los mismos proyectos o, en fin, por la entrega sólo parcial de los recursos asignados a los beneficiarios (instrumentos o maquinarias de trabajo).-

Todo lo anterior configura un incumplimiento del deber fiduciario de la Consultora REDUWORK LTDA y de su representante legal, el procesado Gastón Bernabé Delgado Álvarez, en la administración de los recursos públicos entregados por el FOSIS, ya que no pudo dar cuenta documentada del uso correcto de los mismos y tampoco pudo acreditar el cumplimiento de las metas y fines dispuestos por éste, sin cumplir adicionalmente con su obligación de restituirlos a su mandante en conformidad a la ley.-

Ello es suficiente para configurar, de acuerdo a nuestra doctrina penal más citada, el tipo penal de la “apropiación indebida”, ya que se entiende que la no restitución al momento de exigirse la cuenta correspondiente, expresa o tácitamente configura la conducta típica sancionada en la ley (Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 425-429; Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 459).-

DÉCIMO: Que la circunstancia de no haberse acreditado en el proceso que dichos recursos hayan ingresado efectivamente al patrimonio del encausado Delgado Álvarez, como lo sugiere la defensa, no desvirtúan el tipo penal de la apropiación indebida, ya que como lo sugiere la doctrina y lo confirma la jurisprudencia, el delito se configura por la no restitución de las especies entregadas previamente y comportarse respecto de ellas con ánimo de señor y dueño, ya que con ella se genera el perjuicio exigido en esta conducta típica.-

En este sentido, y como lo ha sostenido la propia Excm. Corte Suprema (sentencia de 7 de junio de 2006, rol N° 3763-2003, considerando 3°), ya se entienda la apropiación indebida de dinero, en su versión más clásica, como una no rendición correcta y oportuna del dinero entregado en administración (Etcheberry y Politoff, Matus y Ramírez) o en una formulación más moderna, como la distracción del dinero, por su uso a fines distintos a los determinados por el mandante (en este caso, el FOSIS), revelando una gestión desleal de los negocios encomendados (Hernández, Héctor. “La administración desleal en el

derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, 2005, semestre I, pp. 226 y ss.), la configuración del tipo penal y el perjuicio se produce por la no restitución oportuna del dinero, y no por la incorporación efectiva de éste al patrimonio personal del apropiante. Exigir esto último sería, por lo demás, una prueba imposible, ya que la propia naturaleza fungible del dinero, impediría o haría imposible la configuración del tipo penal establecido.-

UNDÉCIMO: Que en este sentido, parece indubitable que el procesado Gastón Bernabé Delgado Álvarez, como representante legal de la Consultora REDUWORK LTDA., es autor del delito de apropiación indebida establecido en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 467 del mismo Código, ya que no utilizó los dineros entregados por el FOSIS en la forma y bajo las instrucciones y reglas definidas por éste en los contratos y sus anexos, lo que se ha materializado, finalmente, no dando cumplimiento a su obligación de dar cuenta razonada de los mismos y, posteriormente, negándose a restituirlos una vez conminado a ello.-

DUODÉCIMO: Que, por último, en cuanto a la pena a aplicar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 467 del Código Penal, ésta se determina, atendiendo el valor de la cosa defraudada o apropiada. En este caso, el valor de lo apropiado por cada uno de los 4 delitos es superior a 40 unidades tributarias mensuales, pero inferior a 400 unidades tributarias mensuales, por lo que corresponde aplicar las penas del artículo 467 N° 1 del Código Penal, es decir, presidio menor en su grado medio a máximo por cada uno de los delitos.-

En efecto, respecto del delito al cual se refiere el considerando segundo, el monto de lo apropiado - \$2.299.848.- considerando el valor de la unidad tributaria mensual (U.T.M. en adelante) a la fecha del delito (letra b), aquél es superior a 40 UTM (\$1.107.320), pero inferior a 400 UTM.-

El delito a que alude el motivo tercero, en que el valor de lo apropiado asciende a \$10.722.000, excede también de las 40 UTM, pero no sobrepasa las 400 UTM (\$11.140.000).-

El tercer delito, cuyo monto asciende a \$3.420.000, se sanciona también en el N° 1 del artículo 467 del Código penal, por exceder las 40 UTM, pero no las 400 UTM (considerando cuarto).-

Finalmente el delito a que alude el considerando quinto, en que el valor de lo apropiado ascendió a \$5.267.585, excede de las 40

UTM, pero no las 400 UTM, por lo que la penalidad es la del N° 1 del artículo 467 del texto legal antes citado.-

Sin embargo, como en la especie se está en presencia de reiteración de delitos, ha de aplicarse -por ser más beneficioso para el encausado- lo que señala el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto dispone que en estos casos “se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentada en uno, dos o tres grados”; en consecuencia, no se suman las penas ni el monto de lo apropiado.-

Como la sanción a aplicar es la del artículo 467 N° 1 del Código Penal, esto es, presidio menor en su grado medio a máximo, al concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante se tomará como sanción base la de presidio menor en su grado medio y aplicando la norma mencionada precedentemente, se aumentará en un grado, resultando de esta manera la pena definitiva de presidio menor en su grado máximo que se puede recorrer en toda su extensión, encontrándose por lo tanto ajustada a derecho la que aplicó la Juez de primera instancia al procesado Delgado Álvarez.-

DÉCIMO TERCERO: Que en relación a la multa establecida como pena accesoria, ésta debe ser la determinada por el mismo grado de la pena privativa de libertad, por lo que, de acuerdo al mismo artículo 467 N° 1 del Código Penal, debe fijarse el máximo de la multa dentro del grado, es decir 15 UTM, lo que es concordante con la pena privativa de libertad.-

En este sentido no se hará lugar a lo solicitado por el Fisco de Chile en cuanto a elevar la multa impuesta al encausado de acuerdo con lo expresado en el motivo primero de esta sentencia.-

DÉCIMO CUARTO: Que debe corregirse lo resolutivo del fallo en lo relativo al monto por el cual resultó condenado el procesado en relación a la acción civil, según lo que se indicó en el considerando cuarto de esta sentencia.-

DÉCIMO QUINTO: Que esta Corte comparte el parecer de la señora Fiscal Judicial quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada, salvo en cuanto a lo expresado en el motivo que antecede.-

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 509, 514, 524, 527 del Código de Procedimiento Penal, 467 N° 1 del Código Penal, y lo informado por la señora Fiscal Judicial, se **CONFIRMA** la sentencia apelada de tres de diciembre del año dos mil ocho, escrita de

fojas 558 a fojas 588, con declaración de que la pena que se impone en el párrafo primero de lo resolutivo lo es respecto del procesado Gastón Bernabé Delgado Álvarez y no como allí se señala y de que la suma a que fue condenado por concepto de indemnización de perjuicio asciende a \$21.709.433 y no a \$22.409.433 como se indica en lo resolutivo del fallo.-

Regístrese, devuélvanse con su agregado.-

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Carlos Ferrada Bórquez.-

Rol N° 78 - 2009.-

Pronunciada por la **SEGUNDA SALA**, por el Ministro Sr. DARÍO I. CARRETTA NAVEA, Ministra Sra. EMMA DÍAZ YÉVENES, Abogado Integrante Sr. JUAN CARLOS FERRADA BÓRQUEZ. Autoriza la Secretaria Sra. ANA MARÍA LEÓN ESPEJO.

En Valdivia, tres de julio de dos mil nueve, siendo las 10,35 horas notifiqué personalmente en Secretaría la resolución precedente a la Fiscal Judicial Sra. MARÍA HELIANA DEL RÍO TAPIA y no firmó.

Valdivia, tres de julio de dos mil nueve notifiqué por el **ESTADO DIARIO** la resolución precedente.

Certifico: Que con esta fecha se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil. **Valdivia**, 3 de julio de 2009.