

JURISPRUDENCIA

Año XXVI / N° 1051

7827

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 1121-2016
PUNO

Sumilla: La configuración del delito de falsificación de documentos –artículo 427 del CPP- no exige la materialización de un perjuicio, siendo suficiente un perjuicio potencial.

No puede determinarse la configuración de un delito masa cuando solo existen dos sujetos pasivos, en tanto doctrinalmente se exige una pluralidad considerable de agraviados.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, doce de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia el recurso de casación excepcional interpuesto por Roberto Huamán Puértolas, contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis -fojas 02 del cuadernillo de casación-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

I. HECHOS IMPUTADOS:

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal –fojas 2 del cuaderno de acusación fiscal- se imputa a Roberto Huamán Puértolas la comisión del delito contra la fe pública, en la modalidad de falsificación de documentos, en su forma de uso de documento privado falso –segundo párrafo del artículo 427 del Código penal, concordado con el primer párrafo y el artículo 49 del Código Penal-, en virtud a los siguientes hechos:

- El primero de julio de 2011, en el marco del Concurso Público N° 002-2011-ELPU, a fin de ganar la buena pro, el citado imputado –Gerente General de la Empresa RMJK Contratistas y Consultores-, en representación del consorcio conformado supuestamente por **1) RMJK Contratistas y Consultores EIRL, 2) Corporación Service Perú Ingenieros SAC, y 3) M&C Contratistas Generales S.A.C.** a sabiendas entregó en su propuesta técnica como documentos privados falsos consistentes en 3 declaraciones juradas, una carta de presentación y una promesa formal de Cumplimiento; que supuestamente habían sido firmados por Maritza Victoria Flores Catacora.

SEGUNDO: Llevado a cabo el referido concurso público se dio como ganador al citado consorcio; así en la ciudad de Puno el 18 de julio de 2011 Electro Puno SAA suscribió el contrato N° 041-2011 ELPU-GG con el denunciado Roberto Huamán Puértolas, representante legal del consorcio, siendo que para celebrar el contrato previamente presentó y usó el documento privado falso denominado “Asociación en participación, que otorgan RMJK Contratistas y Consultores E.I.R.L., Corporación Service Perú Ingenieros S.A.C. y M&C

Contratistas Generales S.A.C. del 14/07/2011, en la que supuestamente firmaba Maritza Victoria Flores Catacora. Evidenciándose de lo señalado el perjuicio generado al Estado y a Maritza Victoria Flores Catacora.

II. Itinerario del proceso de 1° instancia

TERCERO: En primera instancia se expidió la sentencia del 07 de julio de 2016 –fojas 98 del cuaderno de debate- que condenó a Roberto Huamán Puértolas como autor del delito contra la fe pública, en su modalidad de falsificación de documentos –uso de documento privado falso-, imponiéndole 4 años, cinco meses y diez días de pena privativa de libertad efectiva. La resolución arribada considera que los documentos falsos presentados generaron un perjuicio potencial suficiente para la configuración del delito. Asimismo, en el apartado “Cuarto” denominado determinación judicial de la pena –véase a fojas 111-, se consideró que en el caso concreto se configura el supuesto de delito continuado. Y que existe una pluralidad de agraviados –Electro Puno S.A.A. y Maritza Victoria Flores Catacora-; por lo que, correspondía la aplicación íntegra del primer párrafo del artículo 49 del Código Penal.

III. Itinerario del proceso de 2° instancia

CUARTO: La sentencia de primera instancia fue apelada por el sentenciado –véase apelación a fojas 23 del cuaderno de apelación- generándose un proceso en segunda instancia, que concluyó con la sentencia del 27 de setiembre de dos mil dieciséis –fojas 122 del cuaderno de apelación- que confirmó en todos sus extremos la resolución recurrida. Cabe precisar que citada resolución precisó en su fundamento jurídico “2.4” que para la configuración del ilícito basta sostener la posibilidad de un perjuicio, no siendo necesario que se traduzca en un daño efectivo. Asimismo, consideró la configuración de un delito continuado con la agravante de pluralidad de agraviados.

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

QUINTO: Ante la sentencia condenatoria emitida a nivel de segunda instancia, el recurrente, interpuso recurso de casación excepcional –fojas 190 del cuaderno de apelación- que fue declarado bien concedido por las causales 3 y 5 del artículo 429 del CPP, respecto a la errónea interpretación del artículo 49 del Código Penal –delito continuado y delito masa-; así como, la existencia de jurisprudencia disímil respecto al delito de falsificación en función al elemento objetivo del perjuicio. (Véase fundamento jurídico 7 y 8 de la ejecutoria suprema a fojas 66 del cuaderno de casación)

V. CONSIDERANDOS JURÍDICOS

A. El delito de falsificación –artículo 427 del Código Penal-

SEXTO: El delito de falsificación de documentos está regulado en nuestro ordenamiento de la siguiente forma:

“El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, **si de su uso puede resultar algún perjuicio**, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y **con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.**

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.”

SÉTIMO: En el delito de falsificación de documentos se puede identificar los siguientes elementos objetivos: **1)** crear un documento falso o adulterar uno verdadero, usar alguno de los citados (segundo párrafo); 2) la idoneidad del engaño; y, **3)** la posibilidad de un perjuicio; cada uno de los citados elementos es abarcado por el dolo; es decir, el sujeto activo del delito –que puede ser cualquier persona– tendrá conocimiento y voluntad de realización de cada elemento del tipo penal.¹

OCTAVO: A efectos del presente recurso de casación, es pertinente pronunciarnos respecto al elemento objetivo referido al perjuicio, para poder determinar si el tipo penal en mención refiere un perjuicio concreto o potencial. De la redacción típica se puede advertir que tanto el primer como segundo párrafo señalan: “(...) *puede resultar algún perjuicio (...)*”, “(...) *pueda resultar algún perjuicio (...)*”; es decir, refieren una posibilidad, una potencialidad de peligro, mas no exigen que dicho perjuicio sea concretizado para la configuración del ilícito.

NOVENO: Pese a que la redacción del tipo penal es clara, pues no presenta ambigüedad en su redacción, la jurisprudencia de este Tribunal supremo ha sido discordante a lo largo del tiempo; por ejemplo se tiene el Recurso de Nulidad N° 027-2004, que en su fundamento jurídico N° 5, señala que: “(...) *es necesario precisar que el presupuesto infaltable para que se configure la antijuricidad, es el perjuicio que se causa con la utilización del documento en cuestión; en ese sentido, (...) no se ha causado ningún perjuicio a la entidad agraviada; por ende, al no concurrir el elemento substancial objetivo, es inexistente la condición objetiva de punibilidad (...)*”, por tanto, se puede advertir que el razonamiento plasmado en la citada ejecutoria se basa en considerar al perjuicio efectivo como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, dicha razonamiento es errado, en tanto no tiene un sustento normativo.

DÉCIMO: Como se señaló el tipo penal de falsificación no presenta ambigüedad en su redacción referente al perjuicio; pues señala claramente que para la configuración del delito basta la potencialidad e idoneidad del mismo; así, en uno de sus últimos pronunciamientos esta Corte Suprema mediante el **Recurso de Nulidad N° 2279-2014/ Callao**, en su fundamento jurídico N° 4.4, ha señalado que: “*la condición objetiva de punibilidad en esta clase de ilícitos es la posibilidad de causar perjuicio al agraviado y no perjuicio efectivo para considerarse típico, por cuanto el bien jurídico que se tutela es el correcto funcionamiento de la administración pública referidos al tráfico jurídico correcto (...)*”. Así, para la configuración típica en un caso concreto se deberá considerar como típico la sola potencialidad de perjuicio -no se requiere su concretización-.

B. El delito continuado y el delito masa –artículo 49 del Código Penal-

DÉCIMO PRIMERO: El delito continuado se encuentra regulado en el artículo 49 del Código Penal, señalando que:

“Artículo 49.- Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. (...)”

En ese sentido, los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son: **1)** pluralidad de acciones delictivas –posibles de individualización–; **2)** afectación del mismo bien jurídico; **3)** identidad de sujeto activo, es decir, se trata de un mismo sujeto infractor; y, **4)** unidad de designio criminal. Así, precisa García Caveró que en el delito continuado tienen lugar varias acciones, cada una configuradora de una infracción penal, pero que, por una relación de continuidad, se considera un solo delito².

DÉCIMO SEGUNDO: El delito continuado, establecido en el artículo 49 del Código Penal, conforme la regulación nacional prevé una agravante en la parte última del primer párrafo, en función al sujeto pasivo del delito, señalando que: “(...) *Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.*” Ello, es conocido en doctrina como delito masa o delito colectivo, citada agravante requiere sancionar a aquellas infracciones en que hay multiplicidad de perjudicados, ya que el delito continuado fue dirigido a un grupo indeterminado de personas a quienes se embauca con un mismo artificio.

DÉCIMO TERCERO: Se requiere enfatizar que el *delito masa* implica tener como sujeto pasivo a un conjunto de individuos que constituyen una colectividad, es decir, debe existir un número elevado de perjudicados para poder determinar la existencia de un delito masa. El clásico supuesto de configuración de un delito masa son los fraudes colectivos, donde el sujeto pasivo no está representado por una o dos personas, sino por una multitud o una pluralidad cuantiosa, muchas veces indeterminada.

VI. Análisis del caso concreto

DÉCIMO CUARTO: Conforme a lo señalado, se debe determinar si en el caso concreto: **1)** se configura el delito de falsificación documental –artículo 427 del CP- en función al elemento perjuicio; **2)** Se configura el delito continuado de falsificación –modalidad de uso-; y, **3)** se configura en el caso concreto el denominado delito masa. Cabe precisar que los puntos expuestos se dilucidarán a nivel de esta Sala Suprema, limitándose a una supervisión de la correcta aplicación del derecho, sin interferir en los hechos probados por las instancias precedentes.

DÉCIMO QUINTO: Un fundamento del presente recurso de casación fue determinar qué línea jurisprudencial es correcta, respecto al elemento objetivo referido al perjuicio en el delito de falsificación, pues, se advirtió que existía jurisprudencia emitida a nivel de la Sala Suprema que resultaba contradictoria. En ese sentido, en los citados de considerandos jurídicos esta Sala Suprema determinó que en lo que se refiere al elemento objetivo perjuicio la redacción del artículo 427 del CP, era clara, no presentaba ambigüedades, y por tanto lo correcto era interpretar que para la materialización del delito de falsificación de documentos -inclusive en su modalidad de uso- se exigía un peligro potencial de generar un perjuicio, mas no un perjuicio concreto.

DÉCIMO SEXTO: Por lo señalado, se debe mencionar que en el caso concreto, tanto a nivel de primera instancia –fojas 98- como de segunda instancia –fojas 122- se resolvió conforme a derecho; en tanto se consideró como suficiente demostrar que el perjuicio que generaba el uso de los documentos falsos era potencial; así, pese a que no se había materializado un perjuicio concreto con el uso del documento falso, resulta suficiente para la configuración del tipo penal el perjuicio potencial hacia a los sujetos agraviados –Electro Puno S.A.C. y Maritza Flores Catacora-.

DÉCIMO SÉTIMO: Por otro lado, conforme las pruebas actuadas durante el proceso, tanto a nivel de primera como de segunda instancia se determinó que el uso de

¹ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, La Falsedad documental, Jurista editores, Lima, Perú, 2001, p. 205.

² GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal, parte general, jurista editores, Lima, 20912, p. 794.

documentos falsos se efectuó en fechas diferentes, así, el 01-07-2011 conforme el Acta N° 953-2011 el imputado Huamán Puértolas presentó a la entidad –Electro Puno S.A.A.- cinco documentos conteniendo la firma falsificada de Maritza Victoria Flores Catacora; asimismo, con posterioridad el 04-07-2011 nuevamente el citado imputado presentó ante la misma entidad otro documento con la firma falsificada de Flores Catacora.

DÉCIMO OCTAVO: Conforme lo señalado se tiene que en el caso concreto existe un solo sujeto activo, el imputado Roberto Huamán Puértolas, las acciones ilícitas, tipificadas como uso de documento falso, se suscitaron en dos oportunidades, la primera el 01-07-2011 y la otra el 04-07-2011, ambas conductas ilícitas pueden ser consideradas como delitos independientes; sin embargo, se debe atender que se suscitaron en el marco de una sola resolución criminal, y ello se demuestra puesto que ambas acciones ilícitas se cometieron en contra de los mismos agraviados –Electro Puno S.A.A. y Maritza Flores Catacora. Así, se debe confirmar también el extremo de la resolución recurrida que considera que en el caso concreto se genera un delito continuado de falsificación –modalidad uso-.

DÉCIMO NOVENO: Queda por verificar si como se afirma en la resolución recurrida en el caso concreto se presenta un supuesto de delito masa. Atendiendo a lo señalado en el apartado de considerandos jurídicos, se tiene que el delito masa es una agravante del pre existente delito continuado. El delito masa busca agravar la pena en aquellos casos de delito continuado donde exista una pluralidad de sujetos pasivos que hayan sido perjudicados; debiendo entender por esta pluralidad a un número de agraviados superior a dos personas –naturales o jurídicas-. En el caso concreto, el delito de uso de documento privado falso agravó a Electro Puno –ante quien se presentó la documentación falsa- y a Maritza Flores Catacora –de quien falsificaron la firma-. Advirtiendo, que el número de agraviados no configura el supuesto de los denominados delitos masa –que aluden a más personas, por ejemplo en supuestos de fraudes financieros, o falsificaciones documentarias en cadenas-; por lo que, en el caso concreto no cabe el aumento de pena.

VIGÉSIMO: Determinación Judicial de la Pena.- Ante lo dicho, en el caso concreto a efectos de imponer el *quantum* de pena solo se deberá considerar como agravante la existencia de un delito continuado, que exige por ley que la pena a imponer sea la más grave del delito imputado; en ese sentido, el delito de uso de documento privado falso, en nuestro ordenamiento señala una pena máxima de 4 años de pena privativa de libertad. Considerando dicha pena proporcional al daño generado, y adecuada a los fines constitucionales de la pena.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon:

I. FUNDADO EN PARTE el recurso de casación

II. **CASARON** la sentencia de vista del 27 de setiembre de 2016, **SIN REENVIO** y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia en el extremo que condenó a Roberto Huamán Puértolas como autor del delito contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos –modalidad uso de documento privado falso- tipificado en el segundo párrafo del artículo 427 concordado con el primer párrafo del Código Penal en agravio de Electro Puno S.A.A y Maritza Flores Catacora. **REVOCARON** el extremo que impone al citado imputado la pena privativa de libertad efectiva de 4 años, 5 meses y 2 días en función a la parte in fine del artículo 49 del CPP –delito masa-; **REFORMANDOLE** impusieron a Roberto Huamán Puértolas la pena privativa de libertad de 4 años con carácter suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años; para tal efecto, **DISPUSIERON** para dicho condenado, el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** Deberá comparecer personal y obligatoriamente a informar y justificar sus actividades ante el juez cada 2 meses, **b)** Los demás deberes adecuados a la rehabilitación del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado; de conformidad con lo que establece el artículo 58 del Código penal. Con lo demás que contiene.

III. ORDENARON que se suspenda las órdenes de captura impartidas en su contra.

IV. ESTABLECIERON como **Doctrina jurisprudencial** el fundamento jurídico N° **DÉCIMO, DÉCIMO SEGUNDO** y **DÉCIMO TERCERO** que refiere que a efectos de la configuración del delito de falsificación de documentos –artículo 427 del CPP- no se exige la materialización de un perjuicio, siendo suficiente que este sea potencial.

V. MANDARON su publicación en el diario oficial “El Peruano” y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron.

VI. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

J-1553946-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

**CASACIÓN N.° 136-2015
CUSCO**

Sumilla: La cosa decidida por el Ministerio Público siempre que el bien no sea intrínsecamente delictivo, autoriza que se devuelva a su propietario; si no lo hace, solicitarle al Fiscal que lo haga y en caso negativo, al Juez de Investigación Preparatoria para un control de legalidad.

Lima, cuatro de abril de dos mil diecisiete.

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, contra el Auto de Vista, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, obrante a fojas ciento cincuenta y nueve, del diecinueve de diciembre del dos mil catorce, que confirmó la Resolución N°03 de primera instancia del veintiocho de octubre de dos mil catorce, que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros y ordenó que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco, devuelva en el día el vehículo motorizado materia de autos a su propietario Eriks Franklin Andía Peceros.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

PRIMERO: En la Carpeta N°674-2014, la Tercera Fiscalía Penal Corporativa del Cusco emite Disposición número uno, del trece de mayo de dos mil catorce, disponiendo que no procede formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Eriks Franklin Andía Peceros, Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, por el delito de Contrabando, en agravio del Estado Peruano, representado por Aduanas Cusco, ordenándose el Archivo de lo investigado. Las diligencias preliminares de esta carpeta se generaron en mérito a la comunicación que realizara la Intendencia de Aduanas Cusco, mediante Oficio Nro. 234-2014-SUNAT-3R000, indicando que el 02 de mayo del 2014 personal de la Policía Nacional del Perú, adscrita a la DEPROVE-CUSCO, se constituyó al grifo Santa Elena, ubicado en la Vía de Evitamiento del Distrito de San Jerónimo, Cusco, interviniendo el vehículo de placa de rodaje V3J-838, año de fabricación

1990, con número de serie YV2H2B4CXLA347210, que se encontraba estacionado, y advirtiendo que tenía número de chasis re-grabado, fue trasladado a la Comisaría de Wanchaq; personal de Aduanas Cusco, procedió a incautarlo mediante Acta de Inmovilización – Incautación Nro. 190-0301-000088. Diligencia en la cual el intervenido Eriks Franklin Andía Peceros entrega copia de la Disposición N°253-2010-MP-PFSPS-C, emitido por la Primera Fiscalía Superior Penal del Cusco, dentro de la Carpeta Fiscal N°1036-2010 que confirmó en segunda instancia el archivamiento por los delitos de falsedad genérica y contrabando en contra de sus progenitores Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable.

SEGUNDO. La Tercera Fiscalía Penal Corporativa del Cusco solicitó a la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco, copias certificadas de la Carpeta Fiscal N° 1036-2010, advirtiéndose que:

I. **i.a)** Dicha investigación, es el resultado de una intervención realizada por la DEPROVE-CUSCO, en fecha 10 de julio del año 2010, al vehículo camión, marca volvo con placa de rodaje V3J-838, que era conducido por Eriks Franklin Andía Peceros, en inmediaciones de la Vía Expresa del Distrito de San Sebastián ,provincia, departamento de Cusco, por lo que se apertura investigación por el delito de Falsedad Genérica y Contrabando en contra de los propietarios del Vehículo Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, practicándose diversas diligencias, como: a) Recepcionar las declaraciones de los citados imputados; b) Recibir documentos de Registros Públicos; c) Pericias, y otras; **i.b)** Sobre la base de estos elementos de convicción, se analizó la situación del vehículo camión, marca volvo con placa de rodaje V3J-838, año de fabricación 1990, con número de serie YV2H2B4CXLA347210, número de serie re-grabado, y copias certificadas emitidas por la Oficina de Registros Públicos, llegando a concluir que no se cometieron los delitos de Contrabando ni de Falsedad Genérica emitiéndose Disposición de Archivamiento Definitivo N°02-2010-2FPPCC, de fecha 20 de setiembre de 2010.

II. El Procurador Público de la Superintendencia de Administración Tributaria, requiere al Fiscal Provincial eleve las actuaciones al Fiscal Superior, exponiendo los argumentos de su disconformidad, a fin que sea revisada.

III. Con fecha 13 de octubre del 2010, la Primera Fiscalía Superior del Cusco, emite la Disposición N°253-2010-MP-PFSPA-C, que analiza la Disposición de Archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco y los fundamentos de la disconformidad, realizada por la Superintendencia de Administración Tributaria, declarando infundada, confirmando el archivamiento; concordando con que no existe el delito de Contrabando y Falsedad.

TERCERO. La Disposición Fiscal del 13 de mayo del 2014 que declaró que no procede formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Eriks Franklin Andía Peceros, Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, por el delito de Contrabando en agravio del Estado, citada en el primer considerando de esta sentencia, fue objeto de disconformidad por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, que fue resuelto mediante **Disposición N°203-2014**, del veintiocho de mayo del dos mil catorce, donde la Fiscalía Superior Penal del Cusco, la declara infundada, en consecuencia se Aprueba.

CUARTO. En la Disposición Fiscal N°203-2014 se hace expresa mención en el Considerando séptimo, que la entidad recurrente tiene derecho a formular nueva denuncia, a mérito de lo cual, con fecha trece de junio de 2014 lo hace generando la Carpeta Fiscal N°892-2014, y que mediante Disposición N°02 se derivan los actuados de la investigación a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Arequipa, donde se viene realizando esto.

QUINTO. En Audiencia Pública de Reexamen de Confirmitaria Judicial de Incautación del veintitres de octubre de dos mil catorce, cuya acta obra a fojas cincuenta y dos del cuaderno de Confirmitaria de Incautación, la defensa del investigado Eriks Franklin Andía Peceros procede a realizar su requerimiento de conformidad a lo establecido por el inciso 2 del Art. 222 del Código Procesal Penal, solicitando al Juzgado de Investigación Preparatoria disponer la devolución del vehículo de su propiedad, precisando que recurre debido a que en sede

fiscal se les ha denegado, procediendo a realizar un breve resumen de los actuados, fundamentándolo en la Casación N°45-2012-Cusco, de fecha 13 de agosto de 2013; precisando que existiría en el presente un conflicto de leyes con la Administración Aduanera, por lo que solicita se declare fundado dicho requerimiento. El Fiscal procede a oponerse señalando que fue la ADUANAS Cusco, quien realizó la intervención frente a la presunta comisión del delito de contrabando, y que el Ministerio Público, en etapa preliminar archivó el caso, porque ya existiría investigación sobre los mismos hechos y también se habrían archivado, precisando que nunca se habría realizado una confirmatoria judicial de incautación y que es la Administración Aduanera el ente encargado de la devolución de los bienes incautados, precisando que el Ministerio Público ha perdido competencia en el presente caso, solicitando se declare improcedente dicho petitorio.

SEXTO. Con resolución número tres del veintiocho de octubre de dos mil catorce, a fojas cincuenta y cuatro del cuaderno de Confirmitaria de Incautación, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros; ordenándose que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria Cusco, devuelva en el día, el vehículo clase camión, marca volvo año 1990, Modelo F-12, 6x2, Placa V3J-838, con número de motor TD122F100148934, serie YV2H2B4CXLA347210, datos obtenidos de la tarjeta de propiedad C0378037, tipo volquete, en el estado en que fue incautado indebidamente a su propietario Eriks Franklin Andía Peceros, bajo apercibimiento de Ley; debiendo el representante del Ministerio Público garantizar la devolución del vehículo a su propietario.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

SÉPTIMO. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, culminada la fase de traslado de las impugnaciones, mediante resolución once del cinco de diciembre del dos mil catorce, de fojas ciento cincuenta del cuaderno de Confirmitaria de Incautación, emplazó a los sujetos procesales a fin que concurren a la audiencia de apelación contra la resolución número tres.

OCTAVO. Con fecha diecinueve de diciembre de dos mil catorce la Sala Penal de Apelaciones emite el auto de vista, que resolvió: Declarar INFUNDADO el recurso de Apelación formulado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria representado por Danny Freddy Farfán Ninatay; y en consecuencia CONFIRMAR la Resolución N°03 de fecha 28 de octubre del 2014, que declara fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros y ORDENA que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco, DEVUELVA en el día el vehículo motorizado materia de autos a su propietario Eriks Franklin Andía Peceros; con lo demás que al respecto contiene.

III. Del trámite del recurso de casación

NOVENO. El Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria interpuso recurso de casación, que fundamentó mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y tres del cuaderno de Confirmitaria de Incautación, basándose en la causal del inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, errónea interpretación y falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, en este caso, sobre la Ley N°28008 (Ley de Delitos Aduaneros). Sustentándola en que: **i)** Erróneamente la Sala de Apelaciones asume que las disposiciones fiscales son pronunciamiento de fondo, a consecuencia de ello, devuelve los objetos del delito, aun cuando son intrínsecamente delictivos, y no media una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. **ii)** No obstante se archivó la denuncia (aprobada por el Fiscal Superior), esta no constituye un pronunciamiento de fondo, pues se deja a salvo el derecho de la SUNAT de formular nueva denuncia en contra de los responsables del delito denunciado. **iii)** El vehículo materia del ilícito es una mercancía de contrabando, siendo intrínsecamente delictivo. **iv)** La Primera Sala de Apelaciones de Cusco asume, al indicar que los hechos por los que se investiga fueron archivados en el año dos mil diez, que las

disposiciones fiscales son pronunciamientos de fondo, cuya consecuencia jurídica es la devolución de los objetos del delito, aun cuando son intrínsecamente delictivos y los hechos pueden posteriormente ser nuevamente investigados como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional. v) En la resolución del año dos mil diez se archivó la denuncia porque no aparecen indicios reveladores de la existencia del delito, no porque estos no constituyan delito, por ello no existe cosa decidida, menos cosa juzgada, es decir, no existe un pronunciamiento de fondo respecto a la situación legal del vehículo intervenido y menos un pronunciamiento que no existe delito, como se alega, por ello es que la actual resolución deja a salvo el derecho de la administración aduanera de denunciar ante el Ministerio Público a los presuntos responsables del delito de contrabando, por cuanto no se tiene acreditado el ingreso legal del vehículo. vi) Al no existir pronunciamiento de fondo que resuelva la situación del vehículo, resulta irregular que las instancias judiciales dispongan la devolución de un bien intrínsecamente delictivo. vii) Respecto a la aplicación del artículo trece de la Ley de delitos aduaneros, se debe observar el principio de especialidad, por ello solo se puede devolver el vehículo cuando medie una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento firme y no sea intrínsecamente delictivo, criterio que debe establecerse y así lograr el desarrollo de la doctrina jurisprudencial y se establezca como precedente vinculante. viii) La resolución cuestionada no se pronuncia por aspectos relevantes: a) El Procurador Público no fue notificado a la audiencia de primera instancia, lo que genera la nulidad de la resolución. b) El Juzgado de Investigación Preparatoria y Salas Superiores de Cusco no eran competentes para resolver la situación legal del delito de contrabando. c) No se hizo el test de triple identidad para establecer el *ne bis in idem*. d) El derecho de propiedad y buena fe registral solo son atendibles cuando tiene origen lícito. e) Existe motivación incongruente pues el órgano jurisdiccional no absuelve los argumentos jurídicos expuestos en el recurso de apelación.

DÉCIMO. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal de errónea interpretación y falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, en este caso, sobre el artículo trece de la Ley N° 28008 (Ley de Delitos Aduaneros), en específico sobre: i) Pronunciarse sobre si es que es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento o si es que con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; y, ii) Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera.

DÉCIMO PRIMERO. Producida la audiencia de casación el ocho de marzo de dos mil diecisiete, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día de la fecha, a horas ocho con treinta minutos de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y seis del cuaderno formado en este Supremo Tribunal, del veintiuno de agosto de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: i) Establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; y, ii) Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el

bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera.

II. Del pronunciamiento de la Sala de Apelación.

SEGUNDO. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, argumenta que: i) La incautación en su acepción legal es la desposesión de los bienes por parte de la autoridad competente que se realiza por razones de haberse cometido un ilícito penal. Con relación al concepto de incautación realizado por la Corte Suprema de la República referido a la institución que se ha desarrollado en el nuevo Código Procesal Penal, se tiene que el Acuerdo Plenario 5-2010, lo preceptúa como una medida procesal realizada por un acto de la autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el delito, que tiene como finalidad evitar el ocultamiento de bienes sujetos a decomiso o el impedimento u obstaculización de la verdad. La incautación en el Código Procesal Penal ha sido asumido tanto en la Sección II referida a la Prueba, Título III Búsqueda de Pruebas y restricción de Derechos; Capítulo VI sobre la Incautación, artículos 218 al 223; como en la Sección III, sobre Medidas de Coerción; Título X la Incautación (medida de coerción real), artículos 316 al 320. ii) En el presente caso, la Fiscal en su alegato oral ha sustentado que estos mismos hechos han sido de conocimiento del Ministerio Público en la Carpeta Fiscal N°1036-2010-MP-PFSPA-C, de fecha 13 de Octubre del año 2010, mediante la cual la Primera Fiscalía Superior del Cusco, analiza la Disposición de Archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco, pronunciándose por su confirmatoria. iii) Los hechos que amerita la denuncia por el Intendente de Aduana Cusco, son del 02 de mayo del 2014 e idénticos a los suscitados el 10 de julio del año 2010, y que generó la Carpeta Fiscal N°1036-2010, resultando evidente que ya han sido investigados y han merecido un pronunciamiento de fondo, mediante la Disposición de Archivamiento Definitivo N°02-2010-2FPPCC de fecha 20 de setiembre del año 2010, donde se ha concluido que no existe delito, que ha sido confirmado por el superior del Ministerio Público. iv) La defensa técnica del imputado manifiesta que el vehículo incautado es de su propiedad al haberlo adquirido de sus anteriores propietarios y progenitores Juan Sandía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, unidad motorizada que la destina al acarreo de materiales de construcción, conduciéndolo personalmente para luego ser intervenido por la PNP y de la Intendencia de Aduanas del Cusco el día 02 de mayo del 2014, solicitando su devolución, para que las investigaciones a nivel de fiscalía continúen y por ello recurrir al Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco para la procedencia de la devolución del vehículo incautado concluyendo su alegato final solicitando se confirme el auto recurrido. v) En consecuencia no existe fundamento fáctico ni legal para mantener vigente la incautación del vehículo, correspondiendo confirmar la apelada. Además en la investigación preliminar los hechos en contra del procesado han merecido el archivamiento definitivo con la autoridad de cosa decidida.

III. Del motivo casacional

TERCERO: El primer motivo de casación admitido está referido a establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; pues en el presente caso, la Sala Superior confirma Resolución del veintiocho de octubre del dos mil catorce que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo de Eriks Franklin Andía Peceros y ORDENA a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco DEVUELVA en el día dicho vehículo, a mérito que el Ministerio Público dispuso la No procedencia de formalización y continuación de la investigación Preparatoria en contra de Eriks Franklin Andía Peceros y otros; no obstante, el segundo párrafo de la Ley 28008 (Delitos Aduaneros) prohíbe la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito de Contrabando, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión



¿Necesita una edición pasada?

ADQUIÉRALA EN:

Hemeroteca

SERVICIOS DE CONSULTAS Y BÚSQUEDAS

- Normas Legales
- Boletín Oficial
- Cuerpo Noticioso
- Sentencias
- Procesos Constitucionales
- Casaciones
- Suplementos
- Separatas Especiales

Atención:
De Lunes a Viernes
de 8:30 am a 5:00 pm



del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros.

CUARTO. El Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil diez efectúa un desarrollo respecto a dos tipos de incautación: **i)** la incautación instrumental, que se encuentra contenida en el artículo 218° del Código Procesal Penal, recaída contra bienes que constituyan cuerpo del delito que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados; y **ii)** la incautación cautelar, contenida en los artículos 316° y siguientes del Código Procesal Penal, que incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito.

QUINTO. En este sentido, debemos primero determinar cuál es la norma legal aplicable al caso concreto de esta figura de carácter eminentemente procesal. La incautación en el Código Procesal Penal (D.L. N°957) ha sido desarrollada en los artículos 218° al 223° (como mecanismo de restricción de derechos), así como en los artículos 316° al 320° (medida de coerción real). De otro lado, tenemos también la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley N°28008), que en su artículo 13°, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111 del 29 de junio 2012, desarrolla la institución de la Incautación para los casos de Delitos Aduaneros.

SEXTO. Así, el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal señala que: "El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. (...)". Lo cual se complementa con el artículo trescientos diecinueve del mismo texto cuando señala: "a) Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. b) Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad. c) Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279." Adicionalmente se tiene lo prescrito por el primer inciso del artículo trescientos veinte del mismo cuerpo legal, que refiere "Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata."

SEPTIMO. De otro lado, el Artículo 13° de la Ley N°28008 (Delitos Aduaneros) tiene relevancia para el caso concreto, cuyo tenor es el siguiente: "El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario. Queda prohibido bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. (...)".

OCTAVO. Ambas normas jurídicas regulando la "Incautación", ya han sido abordadas por esta Sala Penal Suprema en la Casación N°342-2011-Cusco, señalando: "En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima

sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, **se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico**, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstas en la ley". (El énfasis es nuestro)

NOVENO. En igual sentido esta Corte Suprema en el auto de calificación de casación 66-2011-Cusco, (15.08.11) ha señalado que: "**se colige que la norma legal aduanera pone una restricción a la incautación de las mercaderías que constituyen objeto material del delito** - referida al valor pecuniario de estas- por tanto, en el presente caso resulta evidente que el valor del vehículo incautado - camión, marca Mitsubishi, modelo Fuso, año mil novecientos noventa y seis - excede dicho monto, no resultando de aplicación la Ley de Delitos Aduaneros; a mayor abundamiento, debe precisarse que el artículo trescientos veinte inciso uno del Código Procesal Penal resulta concluyente al señalar que "...dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos...", **por tanto, en los casos en que se haya dado por finalizada la investigación preparatoria con la consiguiente declaración de archivo, los bienes que hayan sido materia de incautación deben ser devueltos en virtud a la norma procesal penal que tiene preeminencia, más aún si la forma y procedimiento al respecto se encuentra debidamente regulada en dicho Cuerpo Legal.**" (El énfasis es nuestro)

DÉCIMO. Así también, conforme al Código Procesal Penal, se tienen dos momentos bien definidos dentro de la investigación preparatoria, esto es la Investigación preparatoria no formalizada o también llamada diligencias preliminares, y de otro lado la investigación preparatoria formalizada. A partir del segundo momento corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues ya tiene un control jurisdiccional. En el primer momento en diligencias preliminares, por la autonomía del Ministerio Público, si el fiscal luego de haber trabado la incautación decide no formalizar la investigación preparatoria (es decir, archivar el caso), inicialmente lo único que quedaría al agraviado es recurrir al fiscal superior, conforme al numeral primero del artículo 334 del Código Procesal Penal, y si lo aprueba, el procedimiento habrá concluido y de no ser intrínsecamente delictivo el bien, solicitarle al Fiscal Provincial su devolución y en caso negativo requerir al Juez de Investigación Preparatoria un control de Legalidad. La doctrina nacional reafirma, "*Como puede verse, en este último supuesto, resulta excesivo el contenido del artículo 13° de la Ley 28008, en cuanto estipula que el fiscal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, puesto que en estos casos, el fiscal es la única autoridad competente para resolver lo conveniente al respecto, no resultando conforme a la Constitución esta disposición de la ley anotada en cuanto pretende otorgar facultades a la administración aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la Investigación del delito que solo son de competencia del Ministerio Público y de los Jueces.*"¹

¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. "Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de Lege Lata y Lege Ferenda." Ideas Solución Editorial. Lima, 2013. Pág.249-250.

DÉCIMO PRIMERO. En consecuencia, respecto a la incautación como institución procesal, para el caso en concreto, corresponde aplicar los artículos doscientos dieciocho al doscientos veintidós, así como también trescientos diecinueve y trescientos veinte, todos del Código Procesal Penal, por desarrollar mejor el procedimiento para la devolución de bienes incautados, y que autoriza un control por el Juez de Investigación Preparatoria.

DÉCIMO SEGUNDO. El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico. Por lo que, haciendo tal interpretación de las normas glosadas, en el caso concreto debemos entender que ya sea porque variaron los presupuestos que determinaron la imposición de la medida, o porque los bienes incautados ya fueron utilizados en la actividad investigadora; el Ministerio Público, o un interesado pueden solicitar ante el Juez de la Investigación Preparatoria el reexamen de la medida a efectos de que se ordene la devolución del bien incautado al imputado. Ahora bien, como señala el artículo trescientos veinte, se exige un especial requisito para la devolución del bien incautado a quien tenga derecho sobre él (caso del imputado) esto es, que haya sido dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, y que no se traten de bienes intrínsecamente delictivos.

DÉCIMO TERCERO. En este sentido se ha referido la Casación N°45-2012, cuando señala "Concluyendo, que el artículo trece de la ley número veintiocho mil ocho, no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia sobre la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal. Entonces se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo la custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la custodia del bien, no siendo este quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamina y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial"

DÉCIMO CUARTO. En el caso concreto, originalmente existió una disposición de no formalización y continuación de investigación preparatoria; archivo de la investigación que fue aprobado por el Fiscal Superior, pero actualmente por los mismos hechos existe una investigación en la Fiscalía Provincial de Arequipa, por lo que sigue en discusión si el carácter del bien es intrínsecamente delictivo, por lo que de haberse descartado definitivamente tal carácter del bien, la cosa decidida del Ministerio Público debe generar seguridad jurídica penal y real y por lo tanto la devolución definitiva del bien.

DÉCIMO QUINTO. El segundo motivo de casación admitido está referido a Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera. A efectos de determinar si el auto recurrido se pronunció conforme a Derecho y por lo tanto devolver el bien

DÉCIMO SEXTO. La interrogante de cuándo nos encontramos ante bienes intrínsecamente delictivos, obedece a un debate de naturaleza sustantiva, y no procesal como el caso de la incautación, por lo que hemos de remitirnos al Código Penal y a la Ley N°28008 de Delitos Aduaneros.

DÉCIMO SEPTIMO. El segundo párrafo del artículo 102° del Código Penal prescribe como una consecuencia accesoria del delito, que el Juez también dispone el decomiso de los "bienes intrínsecamente delictivos", los que serán destruidos. El artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros hace referencia a la prohibición de disponer la entrega o devolución de las "mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito"

DÉCIMO OCTAVO. El objeto del delito es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito, pudiendo

ser los sujetos pasivos, las cosas inanimadas o los animales mismos. Siendo en el presente caso el vehículo automotor referido a si su naturaleza es intrínsecamente delictiva.

DÉCIMO NOVENO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N°28008, constituyen modalidades del delito de Contrabando las siguientes: **a)** Extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera. **b)** Consumir, almacenar, utilizar o disponer de las mercancías que hayan sido autorizadas para su traslado de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico, sin el pago previo de los tributos o gravámenes. **c)** Internar mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o el pago previo de los tributos diferenciales. **d)** Conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional, embarcar, desembarcar o transbordar mercancías, sin haber sido sometidas al ejercicio de control aduanero. **e)** Intentar introducir o introducir al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera.

VIGÉSIMO. El tema de la delictividad intrínseca, sustancial o constitutiva de un bien, ya ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N°113-2013-Arequipa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (16.09.2014) señalando que: "En el presente caso, el texto de la Ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) **es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito** no resulta razonable que este sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), **pues este vehículo al no tener D.U.A. -Declaración única de Aduanas-, no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida,** no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), **desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal cuando establece que "tratándose de bienes intrínsecamente delictivos, no procede su restitución o devolución al procesado."**

VIGÉSIMO PRIMERO. En igual sentido se pronuncia la Casación N°136-2013-Tacna de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (11.06.2014) cuando señala: "Analizando lo actuado se puede determinar que el bien objeto de la investigación resulta – en apariencia - **ser intrínsecamente delictivo, dado que no existe concordancia en la ficha de inscripción registral, donde los datos consignados no concuerdan, por lo que dicho bien no es lícito al no contar con la documentación que sustente sus características.** (...) Si bien el recurrente ha sostenido su pedido, en el principio de la fe registral y su adquisición como **tercero de buena fe, no es posible amparar esa propuesta y dejar de lado que dicha adquisición se centra sobre un bien ilícito que no puede, por tanto, circular legalmente,** más aun si se ha establecido que cuando un bien es intrínsecamente delictivo, el decomiso es obligatorio. Cabe indicar también que el procedimiento para la incautación de los bienes relacionados con delitos aduaneros posee una regulación particular en la ley de la materia, que debe ser tomada en cuenta por los operadores jurídicos." (El énfasis es nuestro)

VIGÉSIMO SEGUNDO. En la Casación N°342-2011-Cusco de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (02.07.2013), se señaló que: "Si bien el peritaje determinó que las series del motor y chasis fueron regrabadas, y sumado a que la Procuraduría sostuvo que el vehículo ingresó al país sin el pago de Declaración Única de Aduanas-DUA; sin embargo, la parte agraviada no acreditó que la DUA con la que cuenta el vehículo sea falsa

o haya sido utilizada por otra unidad, es más se encontró información coincidente con la DUA presentada, por lo que el hecho que el motor y chasis tenga una numeración regrabada, ello no está relacionado con la DUA; máxime si no está en cuestionamiento el ingreso del vehículo sin el pago respectivo”.

VIGÉSIMO TERCERO. Debemos destacar que en el presente caso, el ingreso del vehículo sin el pago respectivo y la placa regrabada es lo que se pone en cuestión y fueron los motivos para proceder con la incautación del mismo, conforme a los hechos delictivos que continúan atribuyéndose por el Ministerio Público, cuya investigación continúa.

VIGÉSIMO CUARTO. De lo anotado precedentemente, debe entenderse que para el caso de vehículos, un bien resulta intrínsecamente delictivo de Contrabando cuando se presente cualquiera de los supuestos típicos descritos en el considerando Décimo Noveno.

VIGÉSIMO QUINTO. En el caso, tenemos que a pesar que se dispuso el archivo de la investigación por presunto delito de Contrabando en sede fiscal, sin embargo en la Disposición Fiscal Superior N°203-2014-MP-2FSPA-CUSCO quedo expresa mención que se dejaba a salvo el derecho del recurrente (SUNAT) para formular nuevamente su denuncia, motivo por el cual nuevamente procedió a formularla generando la Carpeta Fiscal N°892-2014, y que mediante la Disposición N°02 obrante a fojas 197 del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, se ordenó derivar los actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Arequipa, señalando entre sus fundamentos: “Si bien es cierto, que en el presente caso, el vehículo objeto de investigación fue incautado por la Administración Aduanera en el Cusco, sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el Inciso 3 del Artículo 21° del Código Procesal Penal aplicable extensivamente a la etapa de investigación preliminar: “la competencia por razón de territorio se establece...: 3. Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito...”, en este caso **en la ciudad de Arequipa donde se realizó legalmente la primera inscripción en registros públicos.** Del mismo modo, considerando que existen elementos de convicción del delito de Contrabando, pero que no se ha determinado el lugar de su comisión (por donde ingresó ilegalmente a territorio nacional), sin embargo **se ha establecido que los efectos del delito de Contrabando se produjeron en la ciudad de Arequipa, lugar en donde se logró la inscripción en los Registros Públicos de Arequipa con documentación presuntamente falsa,** hecho del que además derivaría el delito de falsificación de documentos públicos, (...)”.

VIGÉSIMO SEXTO. De lo que se colige que la licitud de la obtención del vehículo en mención sigue puesta a debate, no habiéndose desvirtuado aún la delictuosidad intrínseca del mismo, si es que para el Ministerio Público, que conduce las diligencias preliminares e Investigación Preparatoria Formalizada continúa en tal función, para que se establezca si efectivamente dicho bien constituye materia de contrabando, al haber sido presuntamente ingresado al territorio nacional vulnerando el control aduanero, y que no existe disposición fiscal definitiva que desvirtúe la comisión de un delito y que el bien no sea intrínsecamente delictivo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. En ese sentido, para el caso de vehículo automotor descrito en “I. Fundamentos de Hecho”, dentro del apartado “Itinerario de la causa en primera instancia”, punto Primero, Placa de Rodaje V3J-838, incautado por delito de contrabando, conforme a la descripción típica prevista en el artículo 2° de la Ley N°28008 –Ley de Los Delitos Aduaneros- conforme lo desarrollamos en el punto “II. Fundamentos de Derecho”, considerando décimo noveno, resulta ser intrínsecamente delictivo, cuando las conductas se subsumen en cualquiera de las conductas típicas que prevé tal disposición.

VIGÉSIMO OCTAVO. El vehículo automotor del caso concreto cuenta con inscripción en registros públicos y viene siendo objeto de investigación en el Distrito Fiscal de Arequipa, por ser ahí donde se procedió a su inscripción, no cuenta con grabación original de chasis (regrabado) conforme al peritaje realizado; por lo que no existe un archivo definitivo de la investigación que descarte lo intrínsecamente delictivo del vehículo, porque aún no se ha podido determinar el origen lícito al no contar

con la documentación que sustente sus características. Por lo que a pesar que frente a un archivo definitivo por no formalización de investigación preparatoria consentida o aprobado por el Fiscal Superior, el Juez de la Investigación Preparatoria tiene la facultad de decidir sobre la devolución del bien incautado cuando su naturaleza no es intrínsecamente delictiva, continuando en esclarecimiento Fiscal, no resulta conforme a ley la devolución del mismo, debiendo ser la administración aduanera quien mantenga el depósito del vehículo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación por motivo de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, interpuesto por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, en consecuencia:

II. CASARON la Resolución de vista del diecinueve de diciembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en el extremo que confirmó la de primera instancia del veintiocho de octubre de dos mil catorce. Y **SIN REENVIO**, actuando como órgano de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la resolución número tres del veintiocho de octubre de dos mil catorce que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros. En consecuencia se declara **INFUNDADA** tal Solicitud y se ordena que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco, mantenga la administración y depósito del vehículo motorizado materia de autos, a quien debe ponerse a disposición.

III. ESTABLECIERON de conformidad con lo previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial los considerandos Décimo, Décimo Cuarto, Vigésimo Sexto, Vigésimo Séptimo y Vigésimo Octavo del rubro II. Fundamentos de Derecho.

IV. MANDARON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. DISPUSIERON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

Interviniendo la señora Jueza Suprema Chavez Mella por vacaciones del señor Juez Supremo Villa Stein.

S. S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHAVEZ MELLA

J-1553947-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 912-2016
SAN MARTIN

Sumilla: Resultados tardíos e imputación objetiva. La consumación del delito de homicidio culposo no requiere ser instantánea. Se requiere verificar mediante

la teoría de la imputación objetiva (especialmente la categoría del riesgo permitido) si el resultado de la muerte independientemente del momento que se genere es causa directa del actuar negligente del sujeto activo.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia el recurso de casación excepcional interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la resolución de vista del doce de agosto de dos mil dieciséis -fojas 03 del cuadernillo de casación-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIANA PASTRANA.

I. HECHOS IMPUTADOS:

PRIMERO: Conforme la acusación fiscal –fojas 1- se imputa a Henkel Canelo Loja la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de homicidio culposo agravado –artículo 111, tercer párrafo, del Código Penal- en agravio de Juan Sebastián Maz Huiman; lesiones culposas agravada –artículo 124, último párrafo, del Código Penal-, en agravio de Alexander Canelo Isla.

SEGUNDO: Los hechos imputados se circunscriben, que el 03 de agosto de 2014, a horas 11:30 a.m. aproximadamente, se suscitó un accidente de tránsito tipo despiste, en el kilómetro 564 de la carretera Fernando Belaunde Terry – distrito de Tabalosos, provincia de Lamas – San Martín, en circunstancias en que el vehículo automotor de placa rodaje N° D80-914, marca Chevrolet, Modelo D-Max, Clase Pick Up, color rojo, discurría de dirección de sur a norte (Tarapoto – Moyobamba) conducido por Henkel Canelo Loja, y como acompañantes, sus menores sobrinos identificados como Juan Sebastián Maz Huiman y Alexander Canelo Isla de 10 y 8 años; que, al ingresar a una curva, el vehículo rosó con el guardavía o sardinel, perdiendo el control del mismo, cruzando al otro lado de la vía (lado izquierdo) para finalmente precipitarse a un abismo de 4.5 metros de profundidad, resultando seriamente lesionados los menores antes citados, quienes fueron trasladados, en un primer momento, al Centro de Salud de Tabalosos y, por la gravedad de las lesiones, fueron derivados al Hospital MINSA de la ciudad de Tarapoto, donde falleció el menor Juan Sebastián Maz Huiman, y al menor Alexander Canelo Isla lo trasladaron a la ciudad de Lima, para que reciba tratamiento médico especializado.

TERCERO: De las diligencias urgentes efectuadas se logró recabar el certificado de dosaje etílico N° 0056-001941 practicado al conductor del vehículo accidentado, Henkel Canelo Loja, que arrojó positivo con una proporción de 1,25 g/l, con lo que se acredita que el conductor se estaba conduciendo el vehículo en estado de ebriedad, infringiendo no solo el Reglamento Nacional de Tránsito, sino también a la normativa penal.

II. DEL AUTO DE APROBACIÓN DE ACUERDO PREPARATORIA (PRIMERA INSTANCIA)

CUARTO: El 14 de marzo de 2016 –fojas 56- se emite el auto de aprobación de acuerdo reparatorio, declarando el sobreseimiento de la causa seguida contra Henkel Canelo Loja. A efectos de llegar a la aprobación del citado acuerdo reparatorio, en virtud del artículo 2 inciso 6 del CPP, el juzgador en primera instancia se desvinculó de la acusación fiscal, señalando que los hechos que se imputan, respecto al agraviado Juan Sebastián Maz Huiman no configuran delito de homicidio culposo agravado, sino delito de lesiones culposas –artículo 124, último párrafo, del Código Penal- con la subsecuente muerte del citado agraviado –véase fundamentos jurídicos 3 y 4 de la resolución de primera instancia a fojas 56-

III. DEL AUTO DE APROBACIÓN DE ACUERDO REPARATORIO (PRIMERA INSTANCIA)

QUINTO: La resolución antes señalada fue apelada por el Ministerio Público –véase a fojas 72 el recurso de apelación- señalando en primer término que el juzgador no debía desvincularse de la imputación fiscal por delito de homicidio culposo, en tanto éste era correcto. Además el menor agraviado, murió a consecuencia directa de

la negligencia cometida por el imputado Canelo Loja. Asimismo, afirma que en el caso concreto existe una pluralidad de víctimas, por lo que no procede el acuerdo reparatorio. El 12 de agosto de 2016 se emitió la resolución de segunda instancia que resuelve confirmar la aprobación del acuerdo reparatorio, avalando el razonamiento de primera instancia en su totalidad –véase fundamento jurídico N° 4.2.1 y 4.2.2. de la resolución de segunda instancia a fojas 148-

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

SEXTO: Ante la resolución de segunda instancia, el Ministerio Público interpuso recurso de casación cuestionando la desvinculación que se efectuó en instancias precedentes respecto al delito de homicidio culposo agravado –tercer párrafo del artículo 111 del Código penal-. Revisado el recurso interpuesto, esta Sala Suprema mediante la ejecutoria del diecisiete de febrero de dos mil diecisiete admitió el recurso de casación, a fin de desarrollar doctrina jurisprudencial respecto al momento de consumación del delito de homicidio culposo.

V. CONSIDERANDOS JURÍDICOS

A. Del delito de homicidio culposo –artículo 111 del Código penal-

SÉTIMO: El delito de homicidio culposo regulado en el artículo 111 del Código Penal señala que; “*El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, (...)*”; es decir, estamos frente a un delito imprudente –por negligencia-, donde se transgrede el deber de cuidado. El tipo penal en mención se genera cuando el sujeto activo ocasiona la muerte del sujeto pasivo mediante acciones no dolosas, que se llevaron a cabo por negligencia, vulnerando el deber de cuidado necesario que se le exige según su rol.

OCTAVO: Los supuestos ilícitos de homicidio –inclusive el homicidio culposo- son los clásicos ejemplos de delitos por resultado, pues la consumación del delito suele ser mediante un resultado instantáneo; en el cual es fácil de advertir que el resultado es la consecuencia directa del accionar –negligente o doloso- del sujeto activo. Sin embargo, el problema jurídico surge cuando el resultado muerte no se genera de manera inmediata sino que se pospone en el tiempo. En doctrina se han analizado diversos supuestos de resultados generados a largo plazo: **1)** daños permanentes, **2)** daños sobrevenidos y **3)** daños tardíos¹; considerando sin embargo que solo este último –resultados tardíos- puede generar la aplicación de la imputación objetiva a fin de imputar responsabilidad penal por el resultado al sujeto activo. Es decir, que el resultado –tardío- se generó como consecuencia jurídica directa del accionar del sujeto pasivo.

NOVENO: Como se señaló, para poder determinar la comisión del delito de homicidio culposo –así como de otros delitos sean estos por culpa o dolo- en la actualidad jurídica se optó por el sistema de imputación objetiva, el cual permite excluir del ámbito jurídico penal acciones meramente causales. Así, dentro de las instituciones dogmáticas de imputación objetiva contamos con: **1)** El riesgo permitido, **2)** El principio de confianza, **3)** La prohibición de regreso, y **4)** La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.

DÉCIMO: A efectos de la resolución del presente caso es menester centrarse en la institución dogmática del *riesgo permitido*. Se trata de un instituto dogmático liberador de responsabilidad penal, que nos permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo. Así, es necesario reconocer que la sociedad en la que vivimos es una sociedad de riesgos pues en determinados ámbitos, hay la necesidad de un riesgo –un riesgo permitido- contra los bienes jurídicos. En tanto se actuó dentro del riesgo jurídicamente permitido, no se puede –normativamente hablando- quebrantar una norma.

DÉCIMO PRIMERO: Así, a efectos de la configuración del delito de homicidio culposo no se exige que la muerte

¹ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana* en Revista de Derecho – PUCP, N° 60, 2007, p. 271

de la víctima sea inmediata, pudiendo darse en un tiempo posterior –horas, días-. Lo que importa, es que el deceso sea consecuencia directa del quebrantamiento del deber de cuidado del sujeto activo.² Descartándose, que la muerte se haya generado por factores externos – negligencia médica, etc.- que extingan la responsabilidad por el resultado del sujeto activo.

DÉCIMO SEGUNDO: Efectos procesales.- Considerando lo anterior, se requiere precisar que los conceptos dogmáticos deben ser adecuados al trámite procesal del caso concreto. En ese sentido, el proceso penal debe cumplir con ciertas etapas que se ejecutan dentro de plazos legalmente establecidos. Así, cuando producto de un accidente –generado por actuar negligente- el sujeto pasivo resulta con lesiones graves y estos en el transcurso de las investigaciones no generan la muerte del agraviado, la imputación que deberá realizar el Ministerio Público deberá limitarse al resultado lesivo que puede constatar en el momento; es decir lesiones – graves-. Por otro lado, si antes de efectuar la acusación fiscal se ha podido constatar que el sujeto pasivo ha fallecido producto del actuar negligente del sujeto activo, se imputará el delito de homicidio culposo –sin importar que la muerte se genere al instante o tiempo después del accidente-.

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

A. Respecto a la desvinculación del delito de homicidio culposo –artículo 111 del Código Penal-

DÉCIMO TERCERO: Conforme a los hechos narrados en los fundamentos jurídicos *segundo* y *tercero* de la presente ejecutoria se puede advertir que los hechos materia de análisis se centran en que producto del actuar negligente del imputado Henkel Canelo Loja, quien condujo su automóvil en estado de ebriedad, se generó la muerte de Juan Sebastián Maz Huiman. Sin embargo, bajo el razonamiento de primera y segunda instancia, como la muerte del citado agraviado no fue inmediata, sino se produjo un día después de generado el accidente, los hechos no se subsumen en el delito de homicidio culposo, sino en el delito de lesiones graves con muerte subsecuente.

DÉCIMO CUARTO: En ese entender, se puede afirmar que el razonamiento jurídico efectuado en las instancias precedentes, respecto a la desvinculación del tipo penal de homicidio culposo, resulta errado. Como se señaló, para la configuración del delito de homicidio culposo se debe verificar que la muerte del sujeto pasivo es producto directo del accionar negligente del sujeto activo; así, en el caso concreto conforme los actuados presentados a esta instancias se tiene que el menor agraviado Juan Sebastian Maz Huiman falleció un día después del accidente generado por el imputado, a causa directa de las lesiones producidas en el accidente –véase a fojas 30 de la carpeta fiscal el certificado de defunción-.

DÉCIMO QUINTO: No existe en autos medios probatorios que puedan afirmar que la muerte del menor agraviado fue consecuencia de otro acto diferente a las lesiones generadas en el accidente³. Siendo así, se advierte que al momento de presentar el requerimiento de Acusación Fiscal – el 3 de agosto de 2015 a fojas 1- el delito de homicidio culposo se encontraba configurado. Por tanto, no correspondía la desvinculación de oficio efectuada a nivel de primera instancia que se convalidó en segundo grado.

B. Respecto a la aprobación del acuerdo reparatorio

DÉCIMO SEXTO: Lo resuelto precedentemente, a consideración del Ministerio Público al momento de interponer recurso de casación tenía como fin que se declare nulo el acuerdo reparatorio, en virtud del cual se declaró el sobreseimiento de la causa penal. Sin embargo, estando al principio de jerarquía del Ministerio Público de jerarquía (véase que dicho principio ha sido repetidamente invocada en la jurisprudencia de este Supremo Tribunal: R.N. N° 1795-2013, R.N. N° 1614-2013, entre otros.) y conociendo de la opinión Fiscal Suprema –véase a fojas 61 del cuaderno de casación-, corresponde confirmar la resolución recurrida en el extremo que decidió aprobar los acuerdos reparatorios y declarar el sobreseimiento de la causa penal-.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Ismael Elvis Cueva Villanueva contra la resolución de vista del doce de agosto de dos mil dieciséis.

II. CASARON la resolución del doce de agosto del dos mil dieciséis –fojas 148- que declara: **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en consecuencia **CONFIRMAN** el auto del 14 de marzo de 2016 que resuelve: **TENER POR DESVINCULADO** la calificación jurídica efectuada por el representante del Ministerio Público y **APROBAR** los acuerdos reparatorios arribados por el imputado Henkel Canelo Loja con la madre biológica del menor agraviado Juan Sebastián Maz Huiman, Helen Huiman Riva, y con el padre biológico del menor agraviado Alexander Canelo Isla, Michael Alexander Canelo Isla; en consecuencia **DECLARA EL SOBRESSEIMIENTO** de la causa seguida contra Henkel Canelo Loja procesado por la comisión del delito contra la vida el cuerpo y la salud, modalidad de lesiones culposas en agravio de los citados procesados. **ORDENA** el archivamiento del proceso.

III. SIN REENEVIO y en sede de instancia **REVOCARON** el extremo del auto que se desvincula de la calificación jurídica efectuada por el representante del Ministerio Público por delito de lesiones graves seguida de muerte en agravio del menor fallecido Juan Sebastián Maz Huiman; **REFORMANDOLO** calificaron el delito como homicidio culposo.

IV. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante, los fundamentos jurídicos **DÉCIMO PRIMERO** y **DÉCIMO SEGUNDO**, de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia al momento de consumación del delito culposo.

V. MANDARON su publicación en el diario oficial “El Peruano” y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron.

VI. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

² Cfr. PEÑA CABRERA, Freyre, *Derecho Penal – Parte Especial*, T.I, 2° Ed, Lima, Idemsa, 2013, p.169

³ Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho Parte General*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 373 y ss. El autor señala que se puede excluir el resultado de la acción del autor siempre que se determine por ejemplo que su actuar imprudente no genero la muerte sino acciones imprudentes de terceros.

J-1553948-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

SUMILLA: En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado-. Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene

a ser la pericia contable, en tanto esta sea concreta y específica.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete. -

VISTOS; en audiencia los recursos de casación interpuestos para desarrollo de doctrina jurisprudencial de Tulio Uliques Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (*todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP*); y Luis Alberto Granda Tume (*por los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP*). Así como los recursos de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (ambos por la causal 4 del artículo 429 del CPP), contra la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas 666-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIANA PASTRANA.

I. HECHOS IMPUTADOS:

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal -fojas uno del Tomo I- se atribuye a la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, a título de autor, y a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Uliques Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, a título de coautores, y al procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, a título de cómplice primario, **la comisión del delito de colusión agravada, alternativamente delito de colusión simple**, en relación al Convenio suscrito entre la Municipalidad Distrital de Castilla, el directorio de la EPS Grau S.A. y dirigentes del Sector Nor Oeste de Castilla, para el financiamiento y ejecución de la obra denominada "Ampliación y Mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla". Asimismo, se atribuye a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Uliques Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, a título de coautores, **la comisión del delito de omisión de actos funcionales**. Y, se imputa a Edwar Fernando Barboza Nieto, **la comisión del delito de falsificación de documento público y uso de documento público falso**, a título de autor.

SEGUNDO: Así, el **once de mayo de dos mil once**, la Municipalidad Distrital de Castilla expidió la Resolución de Alcaldía N° 443-2011-MDC, aprobando el expediente técnico de la citada obra; por ello, el **cinco de julio de dos mil once**, la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, expidió la Resolución de Alcaldía N° 628-2011-MDC, designando al Comité Ad Hoc integrado por: José Castro Pisfil -Gerente de Desarrollo Urbano-, Nilton Ramos Arévalo -Sub Gerente- y Jimmy Silva Risco -Sub Gerente de Logística-. Asimismo, por Resolución de Alcaldía N° 658-2011, del **ocho de julio de dos mil once**, la procesada Ruesta de Herrera, en su calidad de Alcaldesa, aprobó las Bases del Proceso de Licitación para la Adjudicación de la citada obra, con una inversión ascendente a US\$ 31'000,000.00 dólares americanos. El **once y dieciocho de julio**, y el **dos de agosto de dos mil once**, el ciudadano Carlos Manuel Valdivia Vizcarra, hizo llegar a la procesada Ruesta de Herrera (Alcaldesa) las cartas N° CVV/MDC N° 201011, N° CVV/MDC N° 23-2011 y N° CVV/MDC N° 24-2011, respectivamente, señalando que el citado proceso de licitación permitía la participación de consorcios con poca capacidad económica, exigiendo sin necesidad alguna la inclusión de un arqueólogo en nómina de quienes concursarían en la adjudicación de la obra. El **cinco de agosto de dos mil once**, el ingeniero Luis Ruiz Valencia, mediante Oficio N° 39-2011-AMP, solicitó a la procesada (Alcaldesa) la nulidad de la licitación, alegando la vulneración de derechos de otros postores y por el cobro por derecho de registro (S/. 2,000.00 soles); sin embargo, no se hizo nada al respecto. El **diez de agosto de dos mil once**, el Comité Ad Hoc procedió a integrar las Bases, consignadas en un acta en el SEACE, estableciendo los siguientes requisitos: 1) el precio requerido, 2) la acreditación de un profesional de arqueología y un técnico

automotriz, y 3) el no adelanto de dinero para la compra de materiales e insumos.

TERCERO: El **diecisiete de agosto de dos mil once** se realizó la presentación de propuestas de las empresas que compraron las Bases y se presentaron al referido Proceso de Licitación, y el Comité Ad Hoc adjudicó la obra al consorcio H & B, conformado por las empresas Gold Perú S.A., Gerald Contratistas Generales, AR Constructora, y Moscol Contratistas. Posterior a la adjudicación de la buena pro, el ciudadano Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla la nulidad del referido Proceso de Licitación, argumentando que el consorcio H & B (empresa ganadora) presentó en su propuesta a un técnico automotriz (el procesado Billy Negrón Luna), cuya condición se sustentaba en título profesional falso; circunstancia que fue corroborada, toda vez que el Director del Instituto "Miguel Grau" de Piura, mediante Oficio N° 1065-SA-DG-IESTP "AMG", comunicó a Luis Neptalí Olivares Antón -Gerente de Administración y Finanzas de la citada Municipalidad-, que el título profesional de Negrón Luna era falso, porque aún se encontraba en trámite. Pese a ello, el **nueve de setiembre de dos mil once**, se suscribió el contrato entre la Municipalidad Distrital de Castilla, representada por Javier Enrique Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y el consorcio H & B, representado por Edward Fernando Barboza Nieto, presentándose una carta fianza por la suma de S/. 2'893,888.00 soles, emitida por COOPEX.

CUARTO: El **trece de octubre de dos mil once**, mediante Acuerdo de Consejo N° 042-2011-CDC, la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, encarga a la Gerencia de Asesoría Jurídica, representada por el procesado Girón Gómez, que se pronuncie sobre la validez o nulidad del contrato suscrito con el consorcio H & B, solicitando acciones de control para solucionar dicha situación. El **diecisiete de noviembre de dos mil once**, el consorcio H & B, a través de la Carta N° 039-2011-GA, solicita a la referida Municipalidad un adelanto de más de S/. 5'000,000.00 soles para la compra de materiales, adjuntando dos cartas fianzas emitidas por el Banco Continental, advirtiéndose que una vencía el veinticuatro de febrero de dos mil doce y la otra vencía el seis de diciembre de dos mil once; sin embargo, no se consignaban el nombre de todas las empresas que conformaban el consorcio H & B. Ante dicha circunstancia se emitieron los siguientes informes: **1)** Informe N° 04-2011-CCNME/MDC, suscrito por el ingeniero José Ulloque Rodríguez, representante de la empresa supervisora de la obra, señalando que según las Bases del contrato no cabía adelanto de dinero para la compra de materiales; **2)** Informe N° 939-2011-MDC-GDUR, suscrito por José Castro Pisfil, quien refiere que el citado adelanto de dinero debería ser denegado, pero no lo rechaza en forma categórica; **3)** Informe N° 1139-2011-MDC-GAJ, suscrito por Pablo Girón Gómez, indicando que debía entregarse dicho adelanto de dinero, a fin de evitar el "costo social"; y, **4)** Informe N° 18-2011-MDC-GT, emitido por el procesado Granda Tume, en su condición de Coordinador de la Obra, afirmando que el adelanto de dinero debía ser entregado. El **dieciséis de diciembre de dos mil once**, Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y Barboza Nieto -representante del citado consorcio-, suscribieron la Adenda al mencionado contrato de ejecución de la obra, a fin de otorgar el adelanto del 20% del total de la obra al consorcio H & B. Posteriormente, se emitió la Factura N° 0001-0006, a nombre de la Municipalidad Distrital de Castilla, por la suma de S/. 5'787,776.00 soles, expidiéndose el Comprobante de Pago N° 9674-2, a fin de proceder al pago mediante la Oficina de Tesorería.

II. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1ª INSTANCIA

QUINTO: Luego de producido los debates orales, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Piura, mediante sentencia del primero de febrero de dos mil quince -fojas trescientos noventa y ocho-, falló: **1)** absolviendo a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Uliques Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume, por delito contra la administración pública, en su modalidad agravada, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; **2)** absolviendo a los acusados Javier

Enrique Salas Zamalloa, José Castro Pisfil, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, por delito contra la administración pública, en la modalidad de omisión de actos funcionales, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; **3)** absolviendo a los acusados Billi Negrón Luna, por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento público falso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; y, **4)** condenando a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume, como autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple -primer párrafo del artículo 384 del Código Penal-, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; y, **5)** condenando al acusado Edwar Barboza Nieto, a título de cómplice primario, por delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla.

III. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2° INSTANCIA

SEXTO: Al impugnarse la sentencia de primera instancia, en sus extremos condenatorios, se elevaron los actuados a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que mediante sentencia la sentencia del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas seiscientos sesenta y seis-, resolvió por unanimidad: **1)** revocar la sentencia de primera instancia, en el extremo que condenó a Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume como autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple; y, reformándola condenaron a Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, y Tulio Ulixes Vignolo Farfán, como **autores del delito contra la administración pública en su modalidad de colusión agravada**; y, condenaron a Luis Alberto Grande Tume y Luis Neptalí Olivares Antón, como **cómplices secundarios** del citado delito; **2)** declararon inadmisibles la apelación interpuesta por el procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, en aplicación del inciso tercero del artículo 423° del Código Procesal Penal.

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

SÉTIMO: Emitida la sentencia de vista, los procesados Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón -fojas ochocientos diecisiete-, José Castro Pisfil -fojas ochocientos veintisiete-, Pablo Javier Girón Gómez -fojas ochocientos cuarenta y dos-, Aura Violeta Ruesta de Herrera -fojas ochocientos ochenta-, Javier Enrique Salas Zamalloa -fojas ochocientos noventa y nueve-, Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo -fojas novecientos dieciocho-, Edwar Fernando Barboza Nieto -fojas novecientos treinta y seis-, y Luis Alberto Granda Tume -fojas novecientos cuarenta y cinco-, interpusieron sus recursos de casación, los cuales fueron elevados a este Supremo Tribunal.

OCTAVO: Por resolución del veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis -fojas ciento sesenta y cuatro del cuaderno de casación- esta Suprema Sala Penal declaró: **1) BIEN CONCEDIDO** para desarrollo de doctrina jurisprudencial los recursos de casación interpuesto por Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP); y Luis Alberto Granda Tume (por los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP); **2) BIEN CONCEDIDO** el recurso de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (ambos por la causal 4 del artículo 429 del CPP); **3) INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto.

8.1. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el

grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan-, conforme a los artículos 431°, inciso primero, y artículo 425°, inciso cuarto, del Código Procesal Penal.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. Normatividad aplicable al presente caso

NOVENO: Previo a desarrollar los elementos objetivos del delito de colusión, es necesario establecer qué norma penal corresponde aplicar, pues debe advertirse que los hechos que se imputan a los recurrentes se suscitaron en el año dos mil once. Así, desde la entrada en vigencia con el Código Penal de 1991, el artículo 384° que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. **La primera modificación se efectuó en 1996**, mediante **Ley Nº 26713**, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que establecía: *“Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”*

9.1. Asimismo, el diez junio de dos mil once, se aprobó la **Ley Nº 29703**, que modificó la ley anterior agregando el término **“patrimonialmente”**; así, precisó la norma: *“Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”* Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente Nº 00017-2011-PI-TC del tres mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”, siendo posteriormente modificada.

9.2. Por ello, el veintiuno de julio de dos mil once se publicó la **Ley Nº 29758**, que regula el delito de colusión en dos modalidades: “Colusión simple – primer párrafo” y “Colusión agravada – segundo párrafo”:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”

9.3. Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión, que serán desarrollados en acápite posteriores. Debiendo precisarse que posterior a esta modificatoria, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley Nº 30111, del 26 de noviembre de 2013, y el D. Leg. Nº 1243 del 22 de octubre de 2016.

DECIMO: Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el apartado **“I”** de la presente ejecutoria, se inició el **8 de julio de 2011** con la emisión de la resolución de Alcaldía Nº 658-2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación

para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N° 26713.

DÉCIMO PRIMERO: En esa línea, el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 26713, no distingue –**como es en la actualidad**– entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, “*defraudar al Estado*” no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio. [Vid. al respecto el fundamento N° 3.4 del R.N. 2617-2012 del 22 de enero de 2014; fundamento jurídico N° 3.1.2 del R.N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014]. En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena.

DÉCIMO SEGUNDO: Conforme a lo señalado, se puede advertir que con la norma vigente al tiempo de la comisión del acto delictivo **-Ley N° 26713- el delito de colusión sancionaba con una pena de 3 a 15 años**, independientemente del perjuicio patrimonial que pueda existir. Sin embargo, al haberse emitido posteriormente la **Ley N° 29758** que regula una nueva estructura típica del delito de colusión –simple y agravada– la cual prevé que en el supuesto que no exista un perjuicio patrimonial se configura el acto como una colusión simple, cuya pena privativa de libertad puede ser de 3 a 6 años. **Estando a ello, se tiene que la Ley N° 29758 es una norma más favorable –por tanto es de aplicación al caso el principio de retroactividad benigna¹, en virtud al inciso 11 del artículo 139 de la Constitución y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos–, pues en caso exista un acuerdo colusorio pero no un perjuicio patrimonial la sanción a imponer tendrá un límite máximo de 6 años de pena privativa de libertad.**

B. Estructura típica del delito de colusión

DÉCIMO TERCERO: El delito de colusión, previsto en la Ley N° 29758 –que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual–, regula dos supuestos: **1) Colusión simple y 2) Colusión agravada**; el primero establece que: “*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierne con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)*”, mientras que el segundo señala: “*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)*”

DÉCIMO CUARTO: Debe precisarse que en ambos supuestos **el núcleo del comportamiento típico** es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio –colusión– es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: “*(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...)*”.

DÉCIMO QUINTO: Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: “*si la concertación es descubierta antes que se defraude*

patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”². Así, **la colusión simple se consume con la sola concertación**, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse **la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.**

DÉCIMO SEXTO: Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: **a) la concertación ilegal** entre el funcionario público y el particular interesado, y **b) el peligro potencial** para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta –“para defraudar”–. **Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto.** En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta³.

DÉCIMO SÉPTIMO: Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado–. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N° 1105-2011/SPP –fundamento jurídico N° 7– que señala: “*la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión*”.

C. La complicidad en el delito de colusión

DÉCIMO OCTAVO: Para determinar jurídicamente cómo se manifiesta la complicidad en el delito de colusión es necesario primero recordar que esta Suprema Corte ya se ha pronunciado en la sentencia de casación N° 367-2011/Lambayeque, respecto a los grados de intervención delictiva en la complicidad, señalando que: “*3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. 3.11. De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. (...). 3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta –objetivamente típica– también puede ser imputada subjetivamente.*”

DÉCIMO NOVENO: Conforme a lo citado –énfasis en lo resaltado–, las acciones que pueda realizar un sujeto a

¹ El principio de *retroactividad benigna* significa que un hecho se retrotrae a los efectos de la ley vigente durante la determinación de la sentencia que es más favorable que la ley que estaba vigente al momento de la comisión del hecho. Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*, Grifley, Lima, 2013, p.175.

² Vid. Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Grifley, 2011, p.251.

³ Vid. Recurso de Nulidad N° 341-2015 de fecha 04 de noviembre de 2015.

fin de ser considerado cómplice –primario o secundario– acciones anteriores o simultáneas a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor⁴. En ese sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente.

VIGÉSIMO: Como ya ha señalado esta Corte Suprema –véase fundamento jurídico 28 de la Casación N° 841-2015- la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (*intraeius*); y, de otro lado, la participación del interesado (*extraeius*: sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria.

VIGÉSIMO PRIMERO: En ese sentido, el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

D. De la reparación Civil

VIGÉSIMO SEGUNDO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal, el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de la causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil –véase Acuerdo Plenario N° 06-2006/CJ-116, fundamento jurídico sexto–; más aún si “nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...) [por lo que, esta] acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho” –véase Acuerdo Plenario N° 05-2011/CJ-116, fundamento jurídico décimo–; por tanto, una sentencia penal deberá pronunciarse sobre la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones penales.

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

A. Recurso de casación de Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptali Olivares Antón

VIGÉSIMO TERCERO: El imputado **Tulio Ulixes Vignolo Farfán** fue condenado como autor del delito de colusión agravada, pues conforme se advierte de la resolución recurrida –véase a fojas 709–, el imputado en su calidad de **Sub Gerente de Tesorería** tenía la labor de control de las cartas fianzas; sin embargo, no controló que la carta fianza emitida por COOPEX, otorgada por el consorcio H&B no estaba autorizada ni avalada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, tampoco cauteló la vigencia de las cartas fianza del Banco Continental que no consignaban los nombres de los integrantes del consorcio H&B, conformado por varias empresas, y en caso de un reclamo o demanda de la entidad no se hubieran podido ejecutar con eficacia.

VIGÉSIMO CUARTO: De lo señalado se puede advertir claramente que los hechos que se imputan a Vignolo Farfán no encajan en la configuración típica del delito de colusión –simple o agravada–. Debe recordarse que este tipo penal solo puede ser ejecutado por el funcionario público que en razón de su cargo o de su comisión especial, interviene en la operación defraudatoria (véase R.N.N°2617-2012, fj. 3.4). Siendo esto así, no se advierte cómo pueden las acciones imputables a Vignolo Farfán configurar el delito imputado, pues el cargo que ostentaba dentro de la

municipalidad no le permitió intervenir en la contratación pública; más aún si se debe apuntar que las acciones imputadas al recurrente son posteriores a la emisión de las Bases o a la firma del contrato o su Adenda –acciones que conforme a la acusación serían manifestaciones de un acuerdo colusorio–; no existiendo vinculación típica. **Por lo que, corresponde su absolución por delito de colusión.**

VIGÉSIMO QUINTO: Respecto al procesado **Luis Neptali Olivares Antón**, conforme a la resolución recurrida –fojas 710 fj. 49–, se le imputa ser cómplice secundario del delito de colusión agravada, pues en su calidad de **Gerente de Administración y Finanzas** habría tenido injerencia en la función de clasificar y revisar la documentación contable, e intervino en la cancelación de la suma otorgada como adelanto para materiales a la empresa H&B, a pesar de tener conocimiento de que éste había sido un requisito no establecido en el contrato de ejecución de obra.

VIGÉSIMO SEXTO: Se debe advertir que el citado imputado, pese a ser funcionario de la Municipalidad Distrital de Castilla, no participó en razón de su cargo en un acto colusorio. Si bien se afirma en la sentencia recurrida que el recurrente participó en la cancelación del adelanto solicitado por la empresa H&B; no obstante, ello era propio de su función como Gerente de Administración y Finanzas, debiendo advertirse que al tiempo del accionar que se imputa al presente recurrente ya existía una adenda en el contrato que permitía el adelanto para la compra de materiales. Por tanto, los hechos imputados al recurrente, no se encuentran subsumidos en el tipo penal de colusión, correspondiendo su absolución.

B. Recurso de casación de Pablo Javier Girón Gómez

VIGÉSIMO SÉTIMO: Conforme a la resolución cuestionada el recurrente **Girón Gómez** habría incurrido en el delito de colusión agravada, a título de autor, en la medida que fue el **Gerente de Asesoría Legal** del municipio, y su intervención fue fundamental para la concesión de la Adenda al contrato de ejecución, pues emitió el informe N° 1139/2011-MDC-GAJ del 15 de diciembre de 2011 que fue el sustento para la suscripción de la Adenda que permitía el adelanto a la empresa H&B.

VIGÉSIMO OCTAVO: El accionar que se imputa al recurrente no se subsume en el tipo penal de colusión, pues el imputado ostentaba un cargo mediante el cual no se podía intervenir en una contratación pública. Asimismo, como se desprende de la acusación fiscal, su accionar fue posterior a la emisión de Bases, incluso posterior a la celebración del contrato. Por último, se debe considerar que conforme al fundamento jurídico N° 15 de la sentencia recurrida –fojas 683– se señaló que el 14 de diciembre de 2011 Javier Enrique Salas Zamalloa, Gerente Municipal, formuló el memorándum N° 713-20121-MDC.GM dirigiéndose al Gerente de Administración y Finanzas indicándole que previa presentación de garantías se proceda a atender el adelanto de materiales solicitado.

VIGÉSIMO NOVENO: Es decir, el informe emitido por Girón Gómez independientemente de sus recomendaciones o conclusiones –favorables a que se suscriba la Adenda y se permita el adelanto solicitado–, no influenciaron en la decisión de brindar el adelanto cuestionado, pues se advierte que el informe se emitió un día después de que mediante memorándum se ordenara proceder con el trámite para brindar el adelanto de dinero solicitado. Por tanto, corresponde absolver al imputado de los cargos atribuidos.

C. Recurso de casación de Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo

TRIGÉSIMO: Ambos recurrentes fueron condenados como autores del delito de colusión agravada, pues fueron integrantes del Comité Especial que llevó a cabo el concurso público, quienes redactaron las bases del concurso estableciendo requerimientos técnicos específicos sin haber realizado previamente un estudio de mercado para determinar la exigencia de tales requisitos, asimismo establecieron en dichas bases que no se efectuaría adelantos para desincentivar la participación;

⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, 2 ed., Lima, 2012, p. 712.

logrando que solo se presente el consorcio H&B. Por tanto, los imputados habrían generado barreras artificiales para direccionar las bases a un determinado postor. Estas barreras artificiales son la exigencia de profesionales con particulares especialidades –arqueólogo, ingeniero ambiental-, el costo de las bases (S/. 2 000.00 soles) y el requisito de que no se darían adelantos.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Al respecto, se debe afirmar que los imputados independientemente de los cargos que ocupaban en la municipalidad, en los hechos concretos que se les imputa se desempeñaron como miembros de un Comité Especial que tenía como función la elaboración de las Bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección, hasta que la Buena Pro quede consentida o administrativamente firme, o se cancele el proceso de selección –véase a más detalle el artículo 24 del Reglamento de la ley de contrataciones-; asimismo, la normativa precisa que el Comité Especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección realizado se encuentre conforme a ley, y responden administrativa y/o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable –artículo 25 del citado reglamento-.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: En ese sentido, en el caso concreto se advierte que las bases elaboradas por el Comité Especial fueron cuestionadas razonablemente: *i)* primero, por las especificaciones que se requerían en ciertos profesionales, las cuales en función de la obra a realizar resultaban innecesarios –véase al respecto la declaración de Valdivia Vizcarra, Consejero Municipal, citado en la sentencia a fojas 409-, generando con ello un indicio razonable de direccionamiento. *ii)* En segundo lugar, se cuestiona haber consignado en las bases la prohibición de adelantos, buscando con ello disuadir la participación de demás postores; y, en efecto, si bien más de un postor adquirió las bases de la licitación pública, no obstante, solo un postor se presentó –el consorcio H&B-, generándose así un indicio más de que se había direccionado las bases a un determinado postor; por último, se debe señalar que posterior a la firma del contrato, el procesado Castro Pisfil –quien fue miembro del Comité Especial- emite el Informe N° 0939-2011-MDC-GDUR el 12 de diciembre 2011, refiriendo que por cuestiones de emergencia social debía admitirse el otorgamiento de un adelanto –véase a fojas 450 citado en la resolución recurrida-, y, si bien el citado hecho es posterior a la existencia y vigencia de funciones del Comité Especial, sin embargo, refuerza la imputación respecto a que éste direccionó las bases a una empresa determinada.

TRIGÉSIMO TERCERO: A lo largo de primera y segunda instancia se ha probado y motivado razonablemente que el delito de colusión se manifiesta en la emisión de bases y requisitos cuestionables –en el marco de la obra a realizar-, a fin de beneficiar a un determinado postor. Lo señalado, solo es manifestación de la configuración del delito de colusión, en su modalidad simple, ya que no se ha probado objetivamente un daño de carácter patrimonial al Estado.

TRIGÉSIMO CUARTO: Se puede advertir de los fundamentos jurídicos N° 40 y 41 de la resolución recurrida –fojas 704- que la Sala entendió como perjuicio típico del delito de colusión agravada el desembolso de dinero efectuado por la Municipalidad Distrital de Castilla, en virtud de la adenda realizada. Al respecto, debe precisarse que en virtud de la citada Adenda lo que se efectuó fue un adelanto –véase artículo 38 del Reglamento de la Ley de Contrataciones- lo cual correspondía ser descontado del pago final que se efectuaría a la empresa. Por tanto, no existe prueba objetiva que determine que el adelanto brindado no haya sido descontado del pago final.

TRIGÉSIMO QUINTO: Por último, el perjuicio generado, típico del delito de colusión agravada, no puede ser identificado con el riesgo que se crea al infringir un deber funcional. La norma exige que el perjuicio que se genere al Estado sea de carácter patrimonial, y como tal debe encontrarse probado fehacientemente mediante pruebas de carácter objetivo –ejemplo: pericia contable, véase fundamento jurídico 17 de la presente ejecutoria-. En el caso concreto no se ha demostrado el citado perjuicio patrimonial; por lo que, no se puede hablar de un delito de colusión agravada, sino de un delito de colusión simple.

G. Recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume

TRIGÉSIMO SEXTO: Conforme a la resolución recurrida – véase fojas 710- se imputa al recurrente Granda Tume

la comisión del delito de colusión agravada, a título de cómplice, pues éste se desempeñaba como “**Coordinador de obra**” y fue contratado mediante contrato de consultoría para que coordine acciones con las diferentes entidades estatales, así como para hacer seguimiento a los informes que requería el Ministerio de Vivienda y además para que realice coordinaciones con el supervisor de obra, siendo el autor del Informe N° 18-2011-MDC-GT-CO del 15 de diciembre de 2011, donde opina que corresponde efectuar el pago por concepto de adelanto para la compra de materiales, solicitado por el consorcio H&B, colaborando así dolosamente con el delito.

TRIGÉSIMO SÉTIMO: A efectos de analizar la situación jurídica del presente recurrente es necesario remitirnos a los fundamentos jurídicos *décimo noveno* y *vigésimo* de la presente ejecutoria donde se precisa que solo podrá ser cómplice del delito de colusión aquel que esté especificado en el mismo tipo penal; en ese sentido, conforme a la redacción del delito de colusión –artículo 384 del Código Penal- solo podrá ser cómplice el particular que concierne con el funcionario público para defraudar o defraudare al Estado. Así, en el presente caso la conducta imputada al procesado Granda Tume –véase considerando anterior- no es la de concertar ilícitamente con el funcionario público, lo que en primer término generaría que su conducta sea atípica.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Asimismo, debe precisarse que el accionar que se imputa al recurrente es la elaboración de un informe que justificaría la necesidad de brindar un adelanto –que estaba prohibido en las bases-; sin embargo, el citado informe N° 18-2011-MDC-GT-CO fue emitido el 15 de diciembre de 2011; es decir, fue expedido posterior a la concretización del pacto colusorio –que como se señaló se efectivizó con la emisión de bases-; asimismo, el citado informe fue posterior al memorándum N° 713-2011-MDC-GM del 14 de diciembre de 2011 –un día antes del citado informe- donde se permite brindar el adelanto del dinero solicitado. Es decir, las acciones imputadas al recurrente no solo son posteriores a la materialización del delito, sino que no tuvieron mayor implicancia a efectos de brindar o no el adelanto cuestionado. Por tanto, al estar frente a un *extraneus*, que no tiene la facultad de materializar los actos típicos del delito de colusión, corresponde por tanto su absolución.

VII. EFECTOS EXTENSIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

TRIGÉSIMO NOVENO: En el presente caso se ha dilucidado que los hechos que se imputan, solo a determinados procesados, configuran el delito de colusión, en su modalidad simple, en tanto no se ha acreditado un perjuicio de carácter patrimonial. En ese sentido, dicha interpretación a nivel de la Corte Suprema conforme a lo señalado en la Casación vinculante 421-2015, que en su fundamento jurídico N° 33, que dice:

“Conforme lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer extensiva la resolución casatoria a aquellos coimputados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408 inciso 1 del CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin dilogico de que busca cumplir el recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria –positiva- aquellos coimputados que no recurrieron en casación; y, que inclusive no hicieron uso de la garantía de la pluralidad de instancias, apelando su sentencia.”

39.1. Ello debe ser extendida en virtud del artículo 408, inciso 2, del CPP a los demás procesados del caso concreto que no hayan accedido a la presente instancia extraordinaria; nos referimos en el caso concreto a los procesados José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto, quienes fueron condenados a nivel de segunda instancia como autor y cómplice primario – respectivamente- del delito de colusión agravada.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon por unanimidad:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por los recurrentes: Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí

Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Jimi Silva Risco y Nilton Ramos Arévalo y Luis Alberto Granda Tume (todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP).

II. INFUNDADO el recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume (solo por el inciso 1 del artículo 429 del CPP).

III. CASARON la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas 666- **SIN REENVÍO** actuando en sede de instancia **revocaron** la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume; y, **Reformándola ABSOLVIERON** a los citados imputados por el citado delito.

IV. ORDENARON respecto a los citados procesados se elimine sus antecedentes penales, y **ORDENA la inmediata libertad** de Tulio Ulixes Vignolo Farfán que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanada de autoridad judicial competente. Asimismo, se **ORDENA el levantamiento de orden de captura** que pesa sobre los imputados.

V. Asimismo, SIN REENVÍO y actuando en sede de instancia **confirmaron** la sentencia de primera instancia, en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, les impuso 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de 2 años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

VI. CASARON de oficio la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis que condenó a José Castro Pisfil y la sentencia integrada del catorce de junio de dos mil dieciséis que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto por efecto de recurso extensivo en aplicación del artículo 408 inciso 1 del Código Procesal Penal.

VII. SIN REENVÍO y en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que condenó a José Castro Pisfil como autor del delito de colusión simple a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de 2 años. **CONFIRMARON** la propia sentencia que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto como cómplice primario del delito de colusión simple a 4 años; y, por delito contra la fe pública, en su modalidad de uso de documento falso, a 2 años de pena privativa de libertad; computándose en total 6 años de pena privativa de libertad efectiva.

VIII. Respecto de Aura Violeta Ruesta De Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa se ha producido discordia conforme a los votos que se adjuntan; debiendo llamar al Magistrado habilitado dirimente.

IX. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante, los fundamentos jurídicos **DÉCIMO QUINTO** a **DECIMO SEPTIMO**, de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia al delito de colusión –simple y agravada- .

X. MANDARON su publicación en el diario oficial “El Peruano” y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron.

XI. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

J-1553949-1

TRIBUNAL FISCAL

TRIBUNAL FISCAL

TRIBUNAL FISCAL
Nº 06387-5-2017

EXPEDIENTE Nº : 1802-2016
INTERESADO : ANA LUZ CASTILLO ARRASCUE
ASUNTO : Impuesto Predial
PROCEDENCIA : Trujillo
FECHA : Lima, 21 de julio de 2017

VISTA la apelación interpuesta por **ANA LUZ CASTILLO ARRASCUE**, contra la Resolución de Gerencia de Recaudación y Control de Deuda Nº 6928-2015-GR/SATT de 31 de diciembre de 2015, emitida por el Servicio de Administración Tributaria de Trujillo – SATT de la Municipalidad Provincial de Trujillo, que declaró improcedente la reclamación contra la Carta DRC/GO/SATT Nº 175597-2013, en la que consigna la fecha de vencimiento del pago de la obligación tributaria de setiembre de 2013 y el total adeudado por los ejercicios 2009 a 2012, e inadmisibles la reclamación presentada respecto de la Orden de Pago Nº 0101-0000036137-2011, girada por el Impuesto Predial de los periodos 1 y 2 de 2011.

CONSIDERANDO:

Que la recurrente ha denominado reconsideración a su recurso (foja 21), sin embargo se verifica que el mismo corresponde a una apelación, por lo que en aplicación del artículo 221º del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS, según el cual el error en la calificación del recurso por parte

del administrado no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter, procede calificarlo como tal y emitir pronunciamiento al respecto.

Que la recurrente sostiene que realizó los descargos de las propiedades inscritas a su nombre, las que fueron transferidas a Daniel Castillo Arrascue y Doña Violeta Arrascue Vargas en el año 2004, sin embargo, la Administración realiza un doble cobro de impuestos por el mismo predio, lo que resulta arbitrario y vulnera sus derechos. Asimismo, señala que para resolver conforme a derecho, es imprescindible revisar su reclamación signada con Expediente Nº 44672-15 que contiene hechos de ineludible actuación y se encuentran vinculados a la acumulación de todos los expedientes que se gestan sobre la deuda con la Administración.

Que la Administración señala que declaró inadmisibles la reclamación formulada contra la orden de pago materia de acotación, al no haberse cumplido con acreditar el pago previo de la deuda contenida en la orden de pago reclamada, toda vez que no existían circunstancias que acreditaran la improcedencia de la cobranza, más aún si la determinación se sustenta en una declaración jurada mecanizada que fue correctamente notificada y no impugnada. Asimismo, refiere que declaró improcedente la reclamación formulada contra la Carta DRC/GO/SATT Nº 175597-2013, toda vez que dicho acto no califica como un acto reclamable.

Orden de Pago Nº 0101-0000036137-2011

Que de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 136º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo Nº 133-2013-EF, a efecto de interponer recurso de reclamación

contra una orden de pago, es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria reclamada, actualizada hasta la fecha en que se realice el pago, excepto en el caso establecido por el numeral 3 del inciso a) del artículo 119° del citado código, el cual establece que excepcionalmente, tratándose de órdenes de pago, y cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente y siempre que la reclamación se hubiera interpuesto dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la orden de pago, la Administración deberá admitir y resolver la reclamación dentro del plazo de noventa (90) días hábiles, bajo responsabilidad del órgano competente.

Que por su parte, el artículo 140° del referido cuerpo legal, dispone que la Administración notificará al reclamante para que dentro del plazo de quince (15) días hábiles, subsane las omisiones que pudieran existir cuando el recurso de reclamación no cumpla con los requisitos para su admisión a trámite, agregando que vencido dicho plazo sin la subsanación correspondiente, este se declarará inadmisiblemente.

Que de otro lado el numeral 25.2 del artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2008-JUS, dispone que la Administración Tributaria de los gobiernos locales únicamente emitirá órdenes de pago en los casos establecidos en los numerales 1 y 3 del artículo 78° del Código Tributario.

Que por su parte, el artículo 78° del Código Tributario, establece que la orden de pago es el acto en virtud del cual la Administración exige al deudor tributario la cancelación de la deuda tributaria, sin necesidad de girarse previamente la resolución de determinación y, puede ser emitida, entre otros supuestos, por tributos autoliquidados por el deudor tributario (numeral 1), y por tributos derivados de errores materiales de redacción o de cálculo en las declaraciones, comunicaciones, o documentos de pago (numeral 3).

Que el citado artículo 78° también señala que las órdenes de pago que se emitan en lo pertinente, tendrán los mismos requisitos formales que la resolución de determinación, a excepción de los motivos determinantes del reparo u observación.

Que el artículo 77° del anotado código señala que la resolución de determinación será formulada por escrito y contendrá la siguiente información: 1) El deudor tributario, 2) El tributo y el período al que corresponda, 3) La base imponible, 4) La tasa, 5) La cuantía del tributo y sus intereses, 6) Los motivos determinantes del reparo u observación, cuando se rectifique la declaración tributaria, 7) Los fundamentos y disposiciones que la amparen y 8) El carácter definitivo o parcial del procedimiento de fiscalización. Tratándose de un procedimiento de fiscalización parcial expresará, además, los aspectos que han sido revisados.

Que según el inciso a) del artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo N° 156-2004-EF, en el caso de Impuesto Predial los contribuyentes están obligados a presentar declaración jurada, anualmente, el último día hábil del mes de febrero, salvo que el Municipio establezca una prórroga, asimismo, el último párrafo del mismo artículo precisa que la actualización de los valores de predios por las Municipalidades, sustituye la obligación contemplada por el inciso a) de dicho artículo, y se entenderá como válida en caso que el contribuyente no la objete dentro del plazo establecido para el pago al contado del impuesto.

Que mediante Ordenanza Municipal N° 037-2010-MPT se prorrogó el plazo para la presentación de la declaración jurada anual del Impuesto Predial e Impuesto al Patrimonio Vehicular del ejercicio 2011, hasta el 31 de marzo de 2011, en aplicación del artículo 14° de la Ley de Tributación Municipal.

Que por otro lado, el inciso a) del artículo 104° del citado Código Tributario, prevé que la notificación de los actos administrativos se realizará por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia, y que el acuse de recibo deberá contener, como mínimo, lo siguiente: (i) Apellidos y

nombres, denominación o razón social del deudor tributario; (ii) Número de RUC del deudor tributario o número del documento de identificación que corresponda; (iii) Número de documento que se notifica; (iv) Nombre de quien recibe y su firma, o la constancia de la negativa; y (v) Fecha en que se realiza la notificación.

Que la notificación con certificación de la negativa a la recepción se entiende realizada cuando el deudor tributario o tercero a quien está dirigida la notificación o cualquier persona mayor de edad y capaz que se encuentre en el domicilio fiscal del destinatario rechace la recepción del documento que se pretende notificar o, recibiéndolo, se niegue a suscribir la constancia respectiva y/o no proporcione sus datos de identificación, sin que sea relevante el motivo de rechazo alegado.

Que de la revisión de la Orden de Pago N° 0101-0000036137-2011, girada por el Impuesto Predial del año 2011¹ por la suma de S/. 69,22 más intereses (foja 4), se verifica que se sustenta en el numeral 1 del artículo 78° del Código Tributario y en la Declaración Jurada Mecanizada N° 900265 correspondiente al citado tributo y período (fojas 25 a 28), siendo que la base imponible considerada en dicho valor, coincide con la consignada en la referida declaración jurada (S/. 105 226,07), la que además fue notificada en el domicilio fiscal de la recurrente el 29 de marzo de 2011 (foja 8) mediante certificación de la negativa a la recepción, consignándose los datos de identificación y/o firma del notificador, de conformidad con el inciso a) del artículo 104° del Código Tributario, por lo que la notificación se realizó conforme a ley.

Que se observa que la Orden de Pago N° 0101-0000036137-2011, sólo consigna como base legal que sustenta el cobro de la tasa de interés moratorio el artículo 33° del Código Tributario.

Que en cuanto a los requisitos formales que debía contener la orden de pago impugnada respecto a la base legal que sustenta el cobro de los intereses, cabe indicar que éste Tribunal sometió a Sala Plena, el tema relacionado a "Determinar si las resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa deben consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio", suscitándose dos interpretaciones, siendo que la primera contiene a su vez dos sub propuestas: 1.1. "En el caso de resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa no es necesario consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio"; 1.2. "En el caso de resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa no es necesario consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio, siendo suficiente consignar la base legal que autoriza a la Administración a cobrarlo"; de otro lado, conforme con la segunda interpretación: "En el caso de resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa es necesario consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio".

Que sometido el tema a Sala Plena, mediante Acuerdo de Sala Plena contenido en el Acta de Sala Plena N° 2017-10 de 10 de julio de 2017, se ha adoptado la primera sub propuesta de la primera interpretación, según la cual: "En el caso de resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa no es necesario consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio".

Que el referido criterio ha sido adoptado por este Tribunal por los fundamentos siguientes:

"El artículo 77° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, prevé que la resolución de determinación será formulada por escrito y expresará:

1. El deudor tributario.

¹ Períodos 1 y 2.

2. El tributo y el período al que corresponda.
3. La base imponible.
4. La tasa.
5. La cuantía del tributo y sus intereses².
6. Los motivos determinantes del reparo u observación, cuando se rectifique la declaración tributaria.
7. Los fundamentos y disposiciones que la amparen.
8. El carácter definitivo o parcial del procedimiento de fiscalización. Tratándose de un procedimiento de fiscalización parcial expresará, además, los aspectos que han sido revisados.

Asimismo, dispone que tratándose de las resoluciones de multa, contendrán necesariamente los requisitos establecidos en los numerales 1 y 7, así como la referencia a la infracción, el monto de la multa y los intereses, siendo que las multas que se calculen conforme con el inciso d) del artículo 180° y que se notifiquen como resultado de un procedimiento de fiscalización parcial, deberán contener los aspectos que han sido revisados.

Por su parte, conforme con el artículo 78° del citado código, las órdenes de pago que emita la Administración, en lo pertinente, tendrán los mismos requisitos formales que la resolución de determinación, a excepción de los motivos determinantes del reparo u observación.

En relación con la composición de la deuda tributaria, el artículo 28° del anotado código señala que la Administración Tributaria exigirá el pago de la deuda tributaria que está constituida por el tributo, las multas y los intereses, siendo que los intereses comprenden: 1. El interés moratorio por el pago extemporáneo del tributo a que se refiere el artículo 33°, 2. El interés moratorio aplicable a las multas a que se refiere el artículo 181° y el interés por aplazamiento y/o fraccionamiento de pago previsto en el artículo 36°.

En cuanto a los intereses moratorios, el artículo 33° del referido código prevé que el monto del tributo no pagado dentro de los plazos indicados por el artículo 29° devengará un interés equivalente a la Tasa de Interés Moratorio (TIM), la cual no podrá exceder del 10% (diez por ciento) por encima de la tasa activa del mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros el último día hábil del mes anterior.

Al respecto, agrega que la SUNAT³ fijará la TIM respecto a los tributos que administra o cuya recaudación estuviera a su cargo, siendo que en los casos de los tributos administrados por los gobiernos locales, la TIM será fijada por ordenanza municipal, la misma que no podrá ser mayor a la que establezca la SUNAT⁴.

En cuanto a su aplicación, refiere que los intereses moratorios se aplicarán diariamente desde el día siguiente a la fecha de vencimiento hasta la fecha de pago inclusive, multiplicando el monto del tributo impago por la TIM diaria vigente, la que resulta de dividir la TIM vigente entre treinta (30)⁵.

Cabe indicar que según el artículo 181° del referido código, las multas impagas serán actualizadas aplicando el interés moratorio a que se refiere el artículo 33°, siendo que el interés moratorio se aplicará desde la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, desde la fecha en que la Administración detectó la infracción.

En este marco normativo, debe determinarse si las resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa deben consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio.

Al respecto, se aprecia que el anotado artículo 77° del Código Tributario, entre otros requisitos de la resolución de determinación, establece la obligación de consignar los motivos determinantes del reparo u observación, cuando se rectifique la declaración tributaria (numeral 6) y los fundamentos y disposiciones que la amparen (numeral 7), siendo que se considera que dichos requisitos están relacionados con la determinación de la obligación tributaria.

En cuanto a la determinación de dicha obligación, el artículo 59° del referido código prevé que por el acto de la determinación de la obligación tributaria, a) El deudor tributario verifica la realización del hecho generador de la

obligación tributaria, señala la base imponible y la cuantía del tributo y b) La Administración Tributaria verifica la realización del hecho generador de la obligación tributaria, identifica al deudor tributario, señala la base imponible y la cuantía del tributo. En efecto, como se ha señalado en los fundamentos de la Resolución del Tribunal Fiscal N° 12988-1-2009, que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria, el deber de determinar consiste “en el acto o conjunto de actos emanados de la administración, de los particulares o de ambos coordinadamente, destinados a establecer en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación⁶.”

Por su parte, el artículo 60° del referido código señala que la determinación de la obligación tributaria se inicia: 1. Por acto o declaración del deudor tributario y 2. Por la Administración Tributaria; por propia iniciativa o denuncia de terceros.

Así, el artículo 61° del anotado código indica que la determinación de la obligación tributaria efectuada por el deudor tributario está sujeta a fiscalización o verificación por la Administración Tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada, emitiendo la resolución de determinación, orden de pago o resolución de multa.

Como se aprecia, conforme con nuestro ordenamiento, la determinación de la obligación tributaria puede ser realizada por el deudor tributario, como sucede, por ejemplo, con el Impuesto a la Renta, siendo que en dicho caso estará sujeta a verificación o fiscalización por parte de la Administración, mientras que en otros casos, la determinación es realizada por la Administración Tributaria, como ocurre con los Arbitrios Municipales.

En el primer caso, la modificación de la determinación del deudor tributario por parte de la Administración, cuando constate alguna omisión o inexactitud, debe hacerse en forma sustentada y motivada. Igualmente, en el segundo, el sustento y motivación implican que en la resolución de determinación se expliquen los fundamentos de hecho y de derecho de la determinación efectuada por la Administración. Es así que se cumple el deber de motivar los actos administrativos.

Sobre el particular, el artículo 103° del Código Tributario establece que los actos de la Administración Tributaria serán motivados y constarán en los respectivos instrumentos o documentos.

Por su parte, el artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷ prevé entre los requisitos de validez del acto administrativo a la motivación, señalando que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme con el ordenamiento

² En relación con los intereses, cabe precisar que conforme con el artículo 41° del Código Tributario, los gobiernos locales podrán condonar, con carácter general, el interés moratorio y las sanciones, respecto de los impuestos que administren, siendo que en el caso de contribuciones y tasas dicha condonación también podrá alcanzar al tributo. En tal sentido, puede ocurrir que los valores girados por las municipalidades no consignen monto alguno por concepto de interés.

³ Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.

⁴ Asimismo, prevé que tratándose de los tributos administrados por otros órganos, la TIM será la que establezca la SUNAT, salvo que se fije una diferente mediante Resolución Ministerial de Economía y Finanzas.

⁵ En relación con los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta, véase el artículo 34° del Código Tributario.

⁶ En este sentido, véase: GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, Vol. I, Depalma, 2001, Buenos Aires, p. 537. En igual sentido, FERREIRO LAPATZA explica que la actividad de liquidación de tributos comprende a los actos dirigidos a la determinación del hecho imponible, de la base, del tipo y de la cantidad a pagar, siendo que dichos actos pueden estar encomendados ya sea a la Administración Tributaria como a los administrados. Al respecto, véase: FERREIRO LAPATZA, José, *Curso de Derecho Financiero Español*, Vol. II, Marcial Pons, 2004, Madrid, p. 150.

⁷ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

jurídico⁸. Según el Tribunal Constitucional, la motivación constituye una garantía constitucional del administrado que busca evitar la arbitrariedad de la Administración al emitir actos administrativos. Al respecto, agrega que es en ese sentido que la Ley N° 27444 reconoce que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, lo que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho⁹.

Al respecto, el artículo 6.1 de la citada Ley N° 27444, establece que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. En suma, como señala MORÓN URBINA, la motivación es "la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de base o determinan una resolución de la Administración". Sobre el particular, explica que la motivación cumple distintas funciones, tales como la de propiciar que las autoridades se pronuncien con seriedad y rigor en la formación de la voluntad de la Administración y aseguren su adecuación al ordenamiento jurídico. Asimismo, señala que cumple una función de información puesto que representa la exteriorización de las razones en cuya virtud se produce un acto administrativo, lo que facilita su posterior revisión mediante los recursos de impugnación¹⁰.

En cuanto al contenido del deber de motivación, el citado autor explica que ésta comprende la fundamentación de los aspectos jurídicos como la de los hechos, siendo que en el primer caso, ello "implica la cita expresa de la fuente normativa pertinente, la síntesis de la interpretación jurídica que se le da al precepto y la expresión del sentido y manera en que se estima que el precepto aplica al caso sometido a conocimiento"¹¹.

Es de destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en relación con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, puesto que ha indicado que no existe motivación o hay motivación aparente cuando esta "no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico", lo que constituye una violación del deber de motivar. Asimismo, al explicar cuándo hay motivación suficiente, señala que ello "Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo"¹².

Por lo expuesto, se advierte que motivar no implica que en el acto administrativo deban consignarse todas y cada una de las posibles normas que le sirven de sustento sino que ésta debe hacer referencia a una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y a las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los hechos mencionados, justifican el acto adoptado, lo que significa invocar los hechos y normas pertinentes para que sea posible conocer la razón por la que se emite el acto administrativo y así poder ejercer el derecho de defensa. Conforme con lo explicado por el Tribunal Constitucional, existe un mínimo de motivación exigible que atiende a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.

Como se ha mencionado, existe una relación existente entre el deber de motivación y el derecho de defensa del administrado puesto que solo ante un acto debidamente motivado podrían conocerse los hechos y normas que han servicio de base a la Administración para la toma de su decisión a efectos de poder impugnarla. En tal sentido, como señala MORÓN URBINA, "la motivación debe otorgar

seguridad jurídica al administrado, y, permitir al revisor, llegado el caso, apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento"¹³.

Considerando lo expuesto sobre la motivación y su relación con el derecho de defensa, corresponde analizar cada uno de los actos administrativos mencionados (resolución de determinación, resolución de multa y orden de pago) a efecto de determinar si se transgrede el deber de la debida motivación cuando no se consigna en éstos la base legal mediante la que se fija la tasa de interés moratorio.

En cuanto a la resolución de determinación, conforme con el artículo 76° del citado código, ésta es el acto por el cual la Administración Tributaria pone en conocimiento del deudor tributario el resultado de su labor destinada a controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y establece la existencia del crédito o de la deuda tributaria, siendo que según lo establecido por el artículo 28° del mismo código, la deuda tributaria está compuesta por el tributo y los intereses¹⁴. A ello se agrega que los intereses comprenden: 1. El interés moratorio por el pago extemporáneo del tributo a que se refiere el artículo 33°, 2. El interés moratorio aplicable a las multas a que se refiere el artículo 181° y 3. El interés por aplazamiento y/o fraccionamiento de pago previsto por el artículo 36°.

Al respecto, se considera que si bien el artículo 77° del Código Tributario establece como requisito formal de las resoluciones de determinación indicar los fundamentos y disposiciones que la amparen, lo que se relaciona con el deber de motivar, se considera que ello se encuentra referido principalmente con la determinación de la obligación tributaria, sea que ésta se encuentre a cargo de la Administración o que se modifique lo declarado por el deudor tributario, puesto que esa es la finalidad de emitir una resolución de determinación y siendo ello así, la motivación en tanto relación concreta y directa de los hechos y razones jurídicas que la sustentan, implicará sustentar la determinación que ésta contiene.

En efecto, si bien la deuda tributaria está constituida por el tributo y los intereses, debe diferenciarse a la determinación de la obligación tributaria (dirigida a establecer si se ha configurado el hecho imponible así como la medida de lo imponible y el alcance de la obligación, cuestiones que deben encontrarse debidamente motivadas) del cálculo de los intereses moratorios, puesto que en el primer caso, a efecto que el deudor tributario ejerza su derecho de defensa y pueda controvertir la obligación determinada por la Administración, es necesario que ésta la sustente en fundamentos de hecho y de derecho, señalando y fundamentando sus reparos, mientras que en el caso de los intereses moratorios, su cálculo responde a una mera operación matemática que debe efectuarse a partir de la obligación determinada en el valor, considerándose los pagos que ya se hayan efectuado. Sobre el particular, debe considerarse además la naturaleza legal y accesoria de los intereses moratorios y que la tasa del interés moratorio, esto es, el porcentaje a utilizar para el cálculo, al venir

⁸ Así, por ejemplo, se ha afirmado que la motivación es "la expresión concreta de la causa o motivo del mismo, es decir, la manifestación de las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan". En este sentido, véase: PÉREZ BENECH, Viviana, "Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones" en: *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Universidad de Montevideo, 2009, Montevideo, pp. 37 y ss.

⁹ Véase la sentencia emitida en el Expediente N° 4123-2011-AA/TC.

¹⁰ Al respecto, véase: MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 2006, Lima, pp. 146 y ss.

¹¹ En este sentido, véase, *Ibidem*, p. 148.

¹² Al respecto, véase la sentencia emitida en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC

¹³ Al respecto, véase: *Ibidem*, p. 148.

¹⁴ En el caso de una infracción, estará compuesta por la multa y los intereses.

impuesta normativamente, no puede ser objeto de reparo por parte de la Administración¹⁵.

Al respecto, es pertinente precisar que según su fuente, los intereses pueden ser convencionales o legales, dependiendo de si la obligación de dar intereses surge de la voluntad de las partes o en virtud de la ley. A su vez, los intereses convencionales y legales pueden clasificarse en compensatorios y moratorios¹⁶. Conforme con el artículo 1242° del Código Civil, el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien y es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Al analizar dicha norma, OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE señalan que el interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo el enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha el dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada para su uso. Así, cumplen con la función económica de retribuir el uso de un capital ajeno. De otro lado, se ha precisado que los intereses moratorios reparan los daños y perjuicios que el retraso culpable o doloso en el pago de deudas pudiese causar, en tal sentido, cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación¹⁷.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que conforme lo explica LÓPEZ MARTÍNEZ los intereses moratorios tienen naturaleza de prestaciones accesorias de la obligación principal de pago del tributo, de forma que su primer requisito de exigibilidad será, precisamente, la existencia de dicha obligación principal. En tal sentido, señala que se necesita la existencia de una obligación pecuniaria jurídicamente debida y que se produzca el incumplimiento de los plazos en los que dicha prestación tuvo que ser cumplida¹⁸.

Por consiguiente, de lo expuesto se aprecia que el interés a que hacen referencia los artículos 33° y 181° del Código Tributario es uno de tipo legal y moratorio y es el citado artículo 33° el que determina cuándo se devenga y quién lo fija, devengándose de manera automática.

Se observa así que el concepto de "interés" concurre con otros de naturaleza principal (tributo o multa), cada uno de los cuales cumple con una finalidad distinta, puesto que aquél constituye una obligación accesoria, accidental y dependiente de la obligación principal¹⁹. Así, conforme con LÓPEZ MARTÍNEZ, para obtener el quantum del interés debido, deben tenerse en cuenta tres parámetros: el factor tiempo, que nos acotará el periodo en que el acreedor se ha visto privado de una determinada cantidad pecuniaria que le era debida; el factor cantidad, que determinará el monto de la suma que ha disfrutado el deudor o que ha dejado de disfrutar el acreedor; y por último, el factor tipo, que pretende delimitar el costo que supone al acreedor el retraso en el capital debido²⁰.

Lo expuesto, esto es, lo concerniente al carácter accesorio del interés moratorio, confirma que los requisitos establecidos por el artículo 77° del Código Tributario referidos a los motivos determinantes del reparo u observación y los fundamentos y disposiciones que amparen la resolución de determinación, están dirigidos a sustentar la obligación tributaria que es materia de determinación, siendo que la eventual falta de motivación del acto administrativo por su inobservancia, debe examinarse en atención a ello.

En efecto, determinada la obligación principal, el interés moratorio a cancelar, en tanto concepto accesorio, constituye un suma adicional que proviene de un mero cálculo matemático que ha sido regulado por ley (en cuanto a la forma de cálculo y a la tasa a aplicar) y en tal sentido, a fin de controvertir dicho monto, basta con que el deudor tributario cuente con determinados datos objetivos, estos son, el monto de la obligación tributaria determinada, los pagos efectuados, el plazo transcurrido y la tasa fijada por ley. Al respecto, es pertinente precisar que se considera que el requisito establecido por el numeral 5) del artículo 77° del Código Tributario, referido a consignar "La cuantía del tributo y sus intereses", se encuentra dirigido a que en el acto administrativo se disgregue el monto total que le corresponde abonar al contribuyente, de modo que se

le permita diferenciar entre el monto del tributo acotado y el monto de los intereses, sin que ello haga necesario señalar la base legal mediante la que se fijó la tasa de interés.

Por lo expuesto, se considera que el hecho de no consignar expresamente en el valor emitido la norma mediante la que se fijó la tasa de interés moratorio no implica una transgresión al deber de motivar ni es impedimento para que el deudor tributario ejerza su derecho de defensa puesto que, como se ha indicado anteriormente, motivar no implica consignar todas y cada una de las posibles normas que sirven de sustento al acto administrativo, menos aún si éstas se encuentran relacionadas con un concepto accesorio fijado normativamente. Por el contrario, éste debe consignar las normas referidas a la determinación efectuada por la Administración, puesto que es ello lo que sirve de base para su revisión por parte del administrado para su eventual impugnación.

Por otro lado, en el caso de las resoluciones de multa, el artículo 77° del citado código dispone que éstas contendrán necesariamente los requisitos establecidos en los numerales 1 (deudor tributario) y 7 (los fundamentos y disposiciones que la amparen), así como la referencia a la infracción, el monto de la multa y los intereses. Sobre el particular, procede hacer un razonamiento similar en el sentido que cuando dicha norma prevé que deben consignarse los fundamentos y disposiciones que amparen a la resolución de multa así como la referencia a la infracción, ello significa que conforme con la naturaleza de dicho valor, en tanto sanción, la Administración debe señalar la acción u omisión detectada, la norma que la tipifica como infracción y que prevé la sanción aplicable y su monto, elementos que son esenciales para ejercer el derecho de defensa.

En cambio, los intereses moratorios son también en este caso un monto de tipo accesorio cuya forma de cálculo y cuantía está determinada legalmente. Por consiguiente, establecido el monto de la sanción, los intereses moratorios son calculados a partir de los datos objetivos mencionados (en cuanto al factor tiempo, debe considerarse la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, la fecha en que la Administración la detectó²¹). Asimismo, se considera que si bien en la resolución de multa debe señalarse el monto de la multa y sus intereses, ello se encuentra dirigido a que en el acto administrativo se disgregue el monto total que le corresponde abonar al contribuyente, de modo que se le permita diferenciar entre el monto de la multa y el monto de los intereses moratorios.

Ahora bien, en el caso de las órdenes de pago, el artículo 78° del Código Tributario prevé que en lo pertinente, tendrán los mismos requisitos formales que la resolución de determinación, a excepción de los motivos determinantes del reparo u observación, por lo que igualmente se puede aplicar el mismo razonamiento respecto del cálculo del interés moratorio y la necesidad de consignar expresamente la norma mediante la que se fijó la tasa de interés. Al respecto, cabe agregar que en el caso de las órdenes de pago, conforme con su naturaleza de acto de cobro, lo relevante en cuanto a la base legal y

¹⁵ Esto es en el caso del interés moratorio no es el deudor quien declara una tasa que puede ser objeto de reparo por parte de la Administración.

¹⁶ En este sentido, véase: OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones. Biblioteca Para leer el Código Civil*, Tomo V, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, Lima, p. 280.

¹⁷ Al respecto, véase: *Ibidem*. pp.315 y ss.

¹⁸ Al respecto, véase: LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan, *Régimen Jurídico de los llamados "intereses moratorios" en materia tributaria*, Cívitas, 1994, Madrid, pp. 140 y ss.

¹⁹ En este sentido, véase: LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan, *Op. Cit.*, pp. 20 y ss.

²⁰ Al respecto, véase: *Ibidem*. pp. 148 y ss.

²¹ En este sentido, véase el artículo 181° del Código Tributario.

el deber de motivar, es señalar el numeral del artículo 78° en el que se sustenta, pues solo así podrá determinarse su validez, siendo importante señalar que en el caso de los gobiernos locales, solo pueden emitirse órdenes de pago en base a los numerales 1 y 3 del artículo 78° del Código Tributario²².

Cabe precisar que lo señalado, esto es, que no es necesario consignar en los valores la base legal mediante la que se fija la tasa de interés moratorio, no es impedimento para que el deudor tributario alegue, entre otras cuestiones, la corrección de la liquidación de los intereses, la inexistencia de la norma, su vigencia o su falta de validez²³ o de eficacia, esto último, por no haber sido publicada conforme a ley, siendo que en dichos casos, el órgano encargado de resolver puede requerir información al respecto a la Administración Tributaria, quien será la encargada de probar, por ejemplo, que la norma existe y que es válida y eficaz, en tal sentido, si ésta no demuestra ello, no podrá hacer cobro del monto consignado en calidad de interés moratorio.

A lo expuesto cabe agregar que al ser el interés moratorio regulado por los artículos 33° y 181° del Código Tributario uno de tipo legal, como ya se ha indicado, normativamente se ha regulado el momento en el que empieza a devengarse y su forma de cálculo, siendo que la norma que fija la tasa de interés es de conocimiento y eficaz al haber sido publicada conforme a ley²⁴. En efecto, conforme con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, la publicación de una norma es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, de manera que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria. Por consiguiente, se considera que publicada la norma que fija la tasa de interés conforme a ley, ésta es de obligatorio cumplimiento²⁵ y no puede alegarse su desconocimiento.

Por consiguiente, se concluye que en el caso de resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa no es necesario consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio.²⁶

Que el mencionado criterio tiene carácter vinculante para todos los vocales del Tribunal Fiscal, conforme con lo establecido con el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2002-10 de 17 de setiembre de 2002, sobre la base de la cual se emite la presente resolución.

Que asimismo, conforme con el acuerdo contenido en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2017-10, corresponde que la presente resolución se emita con el carácter de observancia obligatoria, y se disponga su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con el artículo 154° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, modificado por Ley N° 30264²⁶.

Que atendiendo al criterio de carácter vinculante expuesto, la orden de pago antes mencionada fue emitida conforme a ley, consignándose los requisitos previstos por el artículo 77° del Código Tributario, estos son, el deudor tributario, el tributo y período al que corresponde, la base imponible, la tasa, la cuantía del tributo y sus intereses y los fundamentos y disposiciones que la amparan, por lo que ha sido emitida de acuerdo con lo establecido en el artículo 78° del Código Tributario en concordancia con lo dispuesto en el artículo 77° del mismo cuerpo legal.

Que asimismo, ha sido girada de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 78° del Código Tributario, esto es por tributo autoliquidado por el deudor tributario, no habiéndose acreditado la existencia de circunstancias que evidencien la improcedencia de la cobranza, supuesto de excepción regulado en el numeral 3 del inciso a) del artículo 119° del Código Tributario, por lo que correspondía que la Administración requiriera a la recurrente el pago previo de la deuda impugnada, a efectos de admitir a trámite el recurso de reclamación, por lo que la Administración le requirió la subsanación de dicho requisito, mediante Notificación DRD/GO/SATT N° 129-2014 (foja 5), notificada el 6 de febrero de 2014, en el domicilio fiscal de la recurrente mediante negativa a la recepción del documento, dejándose constancia de los datos de identificación y firma del encargado de

efectuar la diligencia, de conformidad con lo normado en el inciso a) del artículo 104° del Código Tributario (foja 6), otorgándole para el efecto el plazo de quince (15) días hábiles posteriores a su notificación.

Que vencido el plazo de quince (15) días otorgado, la recurrente no cumplió con acreditar el pago de la deuda impugnada, por lo que la Administración declaró inadmisibles la reclamación en dicho extremo, lo que resulta arreglado a ley, correspondiendo, en consecuencia, confirmar la apelada en tal extremo.

Que al ser materia de grado la inadmisibilidad de la reclamación no corresponde emitir pronunciamiento sobre los cuestionamientos de fondo formulados por la recurrente en éste extremo.

Que asimismo, en cuanto a lo alegado por la recurrente en el sentido que debe revisarse su reclamación signada con Expediente N° 44672-15, independientemente que dicho escrito no obre en el expediente, debe indicarse que el artículo 147° del Código Tributario señala que al interponer apelación ante el Tribunal Fiscal, la recurrente no podrá discutir aspectos que no impugnó al reclamar, a no ser que, no figurando en la orden de pago o resolución de la Administración, hubieran sido incorporados por ésta al resolver la reclamación, lo que no ha sucedido en el presente caso, por lo que al no haberse discutido tal aspecto al interponer la reclamación (foja 3), no corresponde emitir pronunciamiento al respecto.

CARTA DRC/GO/SATT N° 175597-2013

Que de acuerdo al artículo 135° del citado Texto Único Ordenado del Código Tributario, son actos reclamables la resolución de determinación, la orden de pago, la resolución de multa, la resolución ficta sobre recursos

²² En este sentido, véase el artículo 25° del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, aprobado por Decreto Supremo N° 018-2008-JUS.

²³ Por ejemplo, en el caso de las ordenanzas municipales, en la sentencia emitida en el Expediente N° 00053-2004-P/TC, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre la validez y vigencia (eficacia frente a terceros) de dichas normas señalando que "una ordenanza será válida cuando ha sido aprobada por el órgano competente y dentro del marco de sus competencias, esto es, respetando las reglas de producción normativa del parámetro de constitucionalidad, las cuales exigen el requisito de la ratificación; y por otro lado, estará vigente cuando adquiera legitimidad para ser exigida en su cumplimiento, esto es, mediante el requisito de publicidad derivado del artículo 51° de la Constitución". Al respecto, en aplicación del criterio del citado Tribunal, emitido en la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC, el Tribunal Fiscal no puede ejercer control difuso, por lo que no está facultado a inaplicar una ordenanza municipal debidamente publicada. En tal sentido, su validez y la posibilidad de su inaplicación debe ser discutida en el ámbito constitucional.

²⁴ Por ejemplo, en el caso de la SUNAT, mediante Resolución de Superintendencia N° 053-2010/SUNAT, publicada el 17 de febrero de 2010 en el diario oficial "El Peruano", se fijó en 1.2% mensual, la Tasa de Interés Moratorio (TIM) aplicable a las deudas tributarias en moneda nacional, y en 0.60% mensual, la TIM aplicable a las deudas tributarias en moneda extranjera, correspondientes a tributos administrados y/o recaudados por la SUNAT. Dichas tasas rigen desde el 1 de marzo de 2010.

²⁵ Conforme con la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario, las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

²⁶ Según el cual, las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del artículo 102° del mismo código, así como las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por ley, debiéndose señalar en la resolución correspondiente dicho carácter y disponerse la publicación de su texto en el diario oficial El Peruano. Agrega, que de presentarse nuevos casos o resoluciones con fallos contradictorios entre sí, el Presidente del Tribunal deberá someter a debate en Sala Plena para decidir el criterio que deba prevalecer, constituyendo este precedente de observancia obligatoria en las posteriores resoluciones emitidas por el Tribunal; siendo que la aludida resolución así como las que impliquen un cambio de criterio, deberán ser publicadas en el diario oficial.

no contenciosos y las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan y los actos que tengan relación directa con la determinación de la deuda tributaria, además de las resoluciones que resuelvan las solicitudes de devolución y aquellas que determinan la pérdida del fraccionamiento de carácter general o particular.

Que del escrito que dio inicio al presente procedimiento presentado (foja 3), se aprecia que la recurrente cuestionó, entre otro, la deuda tributaria contenida en la CARTA DRC/GO/SATT N° 175597-2013 de 1 de setiembre de 2013 (foja 2), al considerar que se encontraba al día en sus pagos de los Arbitrios Municipales.

Que de la revisión de la cita Carta, emitida por el Departamento de Recaudación y Control de Deuda del SATT, se aprecia que en ella la Administración le recuerda a la recurrente las fechas de vencimiento del pago de sus obligaciones tributarias respecto del mes de setiembre de 2013, agregando que según su base mantiene deuda pendiente de pago por los ejercicios 2009 a 2012 por la suma de S/. 4 188,02, por lo que resulta ser un documento meramente informativo.

Que estando a lo expuesto la recurrente no se adjuntó documento alguno que permitiera ser considerado como acto reclamable, de acuerdo con el artículo 135° del Código Tributario, en consecuencia, la Administración procedió conforme a ley al declarar improcedente la reclamación formulada, por lo que corresponde confirmar la apelada en dicho extremo.

Que sin perjuicio de lo expuesto, a título ilustrativo, cabe indicar que en el caso que la Administración emita y notifique los valores correspondientes, la recurrente tendrá expedito su derecho para formular el recurso impugnativo correspondiente, siendo que en tanto ello no se produzca no procede que aquélla exija el pago de la referida deuda, puesto que a efecto de iniciar la cobranza coactiva de dichos valores, se deberá acreditar el carácter

de deuda exigible conforme con lo dispuesto por la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

Con las vocales Márquez Pacheco y Barrantes Takata, e interviniendo como ponente la vocal Terry Ramos.

RESUELVE:

1. **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia de Recaudación y Control de Deuda N° 6928-2015-GR/SATT de 31 de diciembre de 2015.

2. Declarar que de acuerdo con el artículo 154° Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, modificado por Ley N° 30264, la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria, disponiéndose su publicación en el diario oficial "El Peruano" en cuanto establece el siguiente criterio:

"En el caso de resoluciones de determinación, órdenes de pago y resoluciones de multa no es necesario consignar la base legal mediante la que se ha fijado la tasa de interés moratorio".

Regístrese, comuníquese y remítase al SATT de la Municipalidad Provincial de Trujillo, para sus efectos.

MÁRQUEZ PACHECO
VOCAL PRESIDENTE

BARRANTES TAKATA
VOCAL

TERRY RAMOS
VOCAL

Jiménez Suárez
Secretaria Relatora

J-1553863-1



FE DE ERRATAS

Se comunica a las entidades que conforman el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Organismos constitucionales autónomos, Organismos Públicos, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, que conforme a la Ley N° 26889 y el Decreto Supremo N° 025-99-PCM, para efecto de la publicación de Fe de Erratas de las Normas Legales, deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. La solicitud de publicación de Fe de Erratas deberá presentarse dentro de los 8 (ocho) días útiles siguientes a la publicación original. En caso contrario, la rectificación sólo procederá mediante la expedición de otra norma de rango equivalente o superior.
2. Sólo podrá publicarse una única Fe de Erratas por cada norma legal por lo que se recomienda revisar debidamente el dispositivo legal antes de remitir su solicitud de publicación de Fe de Erratas.
3. La Fe de Erratas señalará con precisión el fragmento pertinente de la versión publicada bajo el título "Dice" y a continuación la versión rectificadora del mismo fragmento bajo el título "Debe Decir"; en tal sentido, de existir más de un error material, cada uno deberá seguir este orden antes de consignar el siguiente error a rectificarse.
4. El archivo se adjuntará en un cd rom o USB con su contenido en formato Word o éste podrá ser remitido al correo electrónico normaslegales@editoraperu.com.pe

LA DIRECCIÓN

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO



El Peruano

La solución para sus publicaciones de Normas Legales



*Simplificando acciones,
agilizando procesos*

Portal de Gestión
de Atención al Cliente
PGA



SENCILLO

Ingrese a nuestra plataforma desde una PC o laptop y realice sus trámites en el lugar donde se encuentre.



RÁPIDO

Obtenga cotizaciones más rápidas y de manera online.



SEGURO

Certificados digitales que aseguran y protegen la integridad de su información.



www.elperuano.com.pe/pga



Sede Central
Av. Alfonso Ugarte 873 - Cercado de Lima



Central Telefónica
315-0400



Email
pgaconsulta@editoraperu.com.pe