



"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"



MINISTERIO PÚBLICO
Primera Fiscalía Superior Penal
Distrito Fiscal del Callao

PUBLICO
07 JUN 2021
12:30

ELEVACIÓN DE ACTUADOS NRO. 056-2021
CARPETA FISCAL NRO. 270-2021
PROCEDENCIA 4FPPCC (Tercer Despacho)

Disposición Fiscal Nro. 01
Callao, veintiuno de mayo
Del año dos mil veintiuno. –

VISTOS: El recurso de queja de derecho (el cual será entendido como requerimiento de elevación de actuados) interpuesto por Jose Alfredo Morales Condor, representante del Sindicato de Trabajadores de ESLIMP Callao (fs. 88/94), contra la Disposición Nro. 01, de fecha 15 de abril de 2021, emitida por el Tercer Despacho de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal del Callao (fs. 82/40), que dispuso NO PROCEDER A FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA contra **ROBERTO CARLOS TORREJÓN TORRE** (representante legal de ESLIMP Callao) y **LQRR**, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio- **APROPIACIÓN ILÍCITA**, en agravio del Sindicato de Trabajadores de ESLIMP Callao.

1. **COMPETENCIA**

La Primera Fiscalía Superior Penal asume conocimiento de estos antecedentes en virtud de la Resolución de Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal del Callao Nro. 002188-2020-MP-FN-PJFSFCALLAO, de fecha 21 de diciembre de 2020, que establece la carga procesal de las elevaciones de actuados (quejas de derecho) que debe asumir este Despacho para los efectos a que se contrae el numeral 6 del artículo 334º del Código Procesal Penal.

2. **ANTECEDENTES**

2.1. **Hechos investigados**

Fluye de la denuncia de parte que, José Alfredo Morales Condor, Secretario General del Sindicato de los Trabajadores de ESLIMP Callao, denuncia a Roberto Carlos Torrejón Torre, representante legal de la empresa de Servicios de Limpieza Municipal Pública del Callao (ESLIMP Callao), por no haber cumplido con depositar las cuotas sindicales de más de 900 trabajadores afiliados, correspondientes a los meses de diciembre de 2020, febrero y marzo de 2021, que ascienden a la cantidad de S/ 39,900.00 soles, suma de dinero que debió ser depositado a la cuenta de ahorros en soles Nro. 04-074-650401

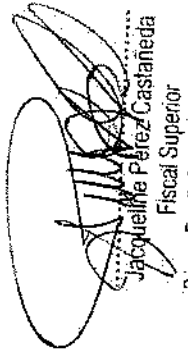
Jacqueline Pérez Castañeda
Fiscal Superior
Primera Fiscalía Superior Penal del Callao



a nombre del Sindicato de los Trabajadores de ESLIMP Callao, hecho que no ha sido realizado pese a los requerimientos practicados mediante carta notarial.

2.2. Fundamentos de la disposición de archivo

El Fiscal Provincial ha fundado su decisión de no formalizar ni continuar la investigación preparatoria, argumentando que el hecho materia de denuncia no es típico, toda vez que el dinero apropiado por el denunciado Roberto Carlos Torrejón Torre, o terceros no identificados, nunca estuvo en posesión física de los trabajadores afiliados al sindicato ESLIMP Callao sino que este estuvo en poder de la empresa, de modo que los trabajadores afiliados en ningún momento habrían hecho entrega del dinero a la empresa; en consecuencia, no existiendo entrega ni recepción del dinero apropiado no se cumple con el elemento objetivo del tipo penal de apropiación ilícita.


Jacqueline Pérez Castañeda
Fiscal Superior
Primera Fiscalía Superior Penal del Callao

2.3. El Requerimiento de Elevación de Actuados

2.3.1. De la admisibilidad

De los actuados se advierte que el recurrente ha sido notificado con la disposición de archivo definitivo en fecha 20 de abril de 2021, según reporte de correo electrónico que obra a fs. 85; asimismo, el recurso de queja (requerimiento de Elevación) ha sido ingresado a la fiscalía provincial en fecha 27 de abril de 2021 (fs.87); en consecuencia, atendiendo a la fecha de la disposición de archivo y fecha de interposición del recurso, conforme lo señala el artículo 334º inciso 5) del Código Procesal Penal vigente, el recurso impugnatorio se encuentra dentro del plazo establecido por ley.

2.3.2. Fundamentos del requerimiento de elevación de actuados

El recurrente José Alfredo Morales Condor, Secretario General del Sindicato de los Trabajadores de ESLIMP Callao, cuestiona la disposición de archivo básicamente por lo siguiente:

- a) Que el fiscal provincial habría vulnerado el derecho a la debida motivación y tutela procesal efectiva, toda vez que dispuso liminarmente el archivo de la investigación generando impunidad.
- b) Que el fiscal provincial ha realizado una valoración errónea de los hechos materia de denuncia, lo cual devino en un incorrecto análisis del tipo penal de apropiación ilícita, no apegándose a derecho e incurriendo en una falta de motivación.

3. CONSIDERANDO DE LA PRESENTE DISPOSICIÓN FISCAL SUPERIOR

Con el objeto de facilitar el acceso al contenido de la presente disposición fiscal, este superior despacho usará un lenguaje simple y directo sorteando los tecnicismos, las abstracciones y las elaboraciones complejas, y en cumplimiento de lo expresamente dispuesto en el numeral 2 del artículo 4 del Decreto Legislativo Nro. 1342 evitará el uso de términos en latín o de arcaísmo que dificulten la comprensión de las expresiones y los términos legales.



3.1. El derecho fundamental de asociación sindical

La Constitución (artículos 2.13 y 28), las normas de internacionales (convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo) y los grandes pactos de derechos humanos (artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales), reconocen, garantizan y desarrollan el derecho fundamental de asociación sindical.

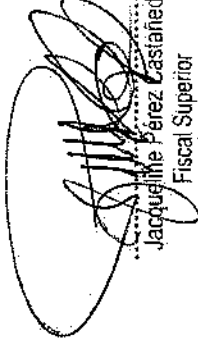
Como repite nuestro Tribunal Constitucional en relación al Tribunal Constitucional Español, los sindicatos son "formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una sociedad democrática" (Sentencia recaída en el Expediente N°008-2005-PI/TC, Fundamento jurídico 26). Los sindicatos, constituidos sin intervención del Estado y con completa autonomía, representan y promueven los intereses legítimos de los trabajadores. Son, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "interlocutores de sus asociados [que] buscan salvaguardar y velar por sus derechos e intereses" (Opinión Consultiva OC 22/16, párrafo 97).

Sobre el derecho fundamental de asociación sindical de los trabajadores, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho que "*constituye una modalidad del derecho de libre asociación, dado que aquél consiste en la libre voluntad o disposición de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los identifiquen y los una, en defensa de los intereses comunes de la respectiva profesión u oficio, sin autorización previa o la injerencia o intervención del Estado, o de los empleadores*" (sentencia C-385/2000).

La Organización Internacional del Trabajo, por su parte, ha declarado que "*La autonomía e independencia financiera de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, al igual que la protección de sus fondos y bienes, constituyen elementos esenciales del derecho a organizar libremente su administración*" ("*Dar un rostro humano a la globalización*", 101ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, 2012, ILC.101/III/18, párr.109).

Para su existencia, funcionamiento, desarrollo y logro de sus objetivos, los sindicatos requieren contar con bienes y recursos económicos adecuados; y, dado que no son organizaciones creadas con fines de lucro, usualmente sus Estatutos señalan la existencia de cuotas sindicales legales -ordinarias o extraordinarias- que proporcionan los trabajadores libremente afiliados, así como la cuantía, periodicidad y forma de pago de las mismas, con el propósito de lograr su subsistencia. Son recursos de entera propiedad del Sindicato. De tal manera que, en verdad, las cuotas son elemento esencial, necesario e imprescindible, para la permanencia y continuidad de la organización de los trabajadores.

En los regímenes laborales en los que se regula que las cuotas sindicales de los afiliados son retenidas por planilla salarial, los empleadores están



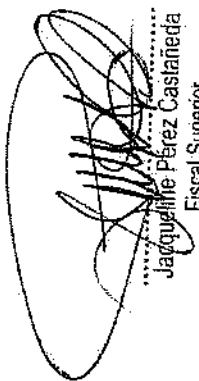
Jacqueline Pérez Castañeda
Fiscal Superior
Primera Fiscalía Superior Penal del Cauca



obligados a darlas íntegramente a los sindicatos. El empleador no puede obstaculizar su entrega (por cierto, tampoco el recaudo). Las cuotas son bienes de propiedad de la organización sindical y se le deben transferir en forma inmediata. No hacerlo importa un atentado contra la existencia del sindicato y, claro está, contra el derecho de asociación sindical.

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que "Por la vía abusiva de retener las cuotas sindicales el empleador puede atentar contra la existencia del sindicato y consecuencialmente desconocer el derecho de asociación sindical. En estas circunstancias, de la misma forma en que el salario puede configurar el mínimo vital para un trabajador, las cuotas sindicales constituyen una especie de "mínimo vital" necesario para la subsistencia del sindicato.

Es forzoso concluir, en consecuencia, que la retención indebida o la simple mora en el pago de los aportes por la entidad empleadora, lesionan la estabilidad del sindicato y generan grave riesgo para su subsistencia. En estas condiciones, tales conductas del empleador vulneran el derecho fundamental de asociación." (T-324/98).



Jacqueline Pérez Castañeda
Fiscal Superior
Primería Fiscalía Superior Penal del Cauca

3.2. Análisis de la controversia específica

3.2.1. Cabe precisar que, la Elevación de Actuados constituye un medio impugnatorio ordinario y vertical formulado por quien se considera agraviado con una disposición fiscal que adolece de vicio o error, a efectos de que el Superior en grado, al que la emitió, la revise y proceda a declarar *Nula, Fundada, Infundada, o Fundada en Parte*; sin embargo, al momento de su interposición el impugnante debe precisar, así sea someramente, las razones que lo llevan a impugnar la decisión, enumerando en forma clara y precisa los fundamentos del disenso, precisando el agravio, vicio o error que la motiva.

Esta Fiscalía Superior al avocarse al conocimiento de la impugnación accionada contra una disposición fiscal provincial, inmediatamente se convierte en órgano revisor, por mandato expreso del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 052, concordante con la parte in fine del inciso 2) del artículo 159º de nuestra Constitución Política del Estado, donde expresamente se consigna que una de nuestras atribuciones es velar por la recta administración de justicia; por lo tanto, al revisar la elevación de actuados, corresponde analizar el pronunciamiento conclusivo de la presente investigación y verificar si en la decisión del Fiscal se ha dado una respuesta razonada, motivada y congruente a cada una de las imputaciones formuladas – pretensiones deducidas – por el denunciante.

3.2.2. En el presente caso, el hecho delictivo materia de examen fue calificado como configurador del delito de **Apropiación Ilícita**, figura descrita en el artículo 190º del Código Penal, el cual prescribe lo siguiente: «*El que, en su provecho, o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar,*



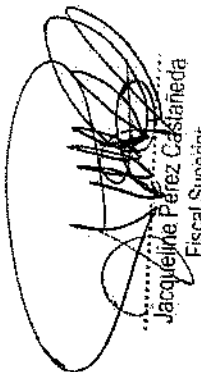
devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.».

3.2.3. Ahora bien, de la disposición materia de revisión se tiene que la decisión fiscal se ha fundado básicamente en que el dinero o cuota sindical descontada de las planillas de los trabajadores afiliados al sindicato ESLIMP Callao, nunca estuvo en posesión de los trabajadores sino que estuvo en posesión de la empresa ESLIMP Callao, de modo que nunca ha habido una entrega de dinero por parte de los trabajadores a la empresa, hecho que llevó a arribar a la conclusión que no existe delito, toda vez que no se habría realizado una entrega o recepción física de una suma de dinero, elemento **sine qua non** para la configuración del delito de apropiación ilícita, siendo atípica la conducta materia de denuncia.

3.2.4. Tal argumentación, si bien sostenida por el fiscal sobre la base de los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia, omite señalar cuál es la doctrina jurisprudencial vinculante a la que se refiere, limitándose a citar como fuente a un solitario autor nacional. Sin embargo, revisado el texto original de la fuente se tiene que la cita integra en torno a la recepción de la cosa alude a que: "*La recepción requiere la entrega efectiva de la cosa al sujeto -deudor, depositario, etc. -en razón de un título o negocio jurídico fundante de la posesión legítima en este delito. No hay, por consiguiente, recepción, <<si la cosa estaba ya en poder del autor y permanece en su patrimonio, pese a que se haya alterado la situación dominical>>. Es decir, que no hay apropiación indebida, por falta de recibimiento de la cosa, cuando el sujeto se apropia de lo que tiene como poseedor, pero que antes tenía como propietario*"¹. Como puede notarse, el autor hace referencia a una entrega efectiva sin hacer una distinción entre recepción física y/o natural y recepción ficticia, distinción que si efectúa el fiscal sobre la base de una cita bibliográfica sacada de contexto. Por el contrario, de distinto parecer ha sido la jurisprudencia penal que en sucesivas sentencias ha destacado que se configura la apropiación ilícita de los **remuneraciones retenidas de los trabajadores**. De modo especial ha entendido que "*Existe apropiación ilícita cuando el agente realiza actos de disposición o un uso determinado sobre el bien mueble, suma de dinero o valor, que ha recibido lícitamente por un título que no le da derecho a ello, incorporando a su patrimonio, ya sea el bien o el dinero del que se ve privado el propietario, ya sea el valor incorporado a él, esto es, el valor inherente al bien mismo en virtud de la naturaleza y función del objeto en cuestión. Desde el momento en que la entidad pública paga los sueldos de sus trabajadores se produce un desplazamiento patrimonial de dicho importe, de tal forma que la retención que realiza de parte de dicho salario por mandato de convenio de aquella con una entidad financiera y de la propia ley queda en su poder no como propietario, sino en calidad de mero depositario con la obligación de entregar lo retenido y depositado en la institución prestamista, precisamente en virtud del acuerdo y de la autorización expresa de los trabajadores que se acogieron a ella*"². En esa misma dirección, SALINAS

¹ Cfr. Miguel Pizarro Guerrero, El delito de Apropiación Ilícita. Cuestiones sustantivas y procesales. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2006; p. 150.

² Cfr. Fidél Rojas Vargás. Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia. Tomo II. Ara Editores. Lima, 2012, p. 565. Ver Ejecutoria suprema del 29 de enero de 2008, emitida por la Corte


Jacqueline Pérez Castañeda
Fiscal Superior
Primera Fiscalía Superior Penal del Callao



SICCHA respecto al bien que se ha sido recibido mediante título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, precisa que existe depósito necesario o legal y, por tanto presupuesto del delito de apropiación ilícita, resaltando que **"el momento que el encausado paga los sueldos de los trabajadores se produce un desplazamiento patrimonial de dicho importe, de tal forma que la retención que realiza de parte de dicho salario por mandato de la ley, queda en su poder, no como propietario sino en calidad de mero depositario con la obligación de entregar lo retenido y depositarlo en el Instituto de seguridad social, en conclusión se puede fundamentar que la cuota descontada del salario del trabajador es parte del sueldo de este y, por tanto, es dinero que el empleador ha recibido con la obligación de entregar"**³.

3.2.5. En esa línea, respecto al argumento de archivamiento de la disposición venida en grado, se aprecia que esta carece de coherencia y solidez, toda vez que el denunciante ha señalado en principio, que el dinero o cuota sindical son deducciones realizadas a las planillas de los trabajadores afiliados, siendo estas retenidas por el empleador y/o empresa, para luego ser depositadas a la cuenta bancaria perteneciente al sindicato; advirtiéndose, que existiría un análisis incorrecto del tipo penal por parte del fiscal provincial a la luz de los desarrollos de la judicatura nacional al respecto, de modo que ante una sospecha inicial simple de la comisión de un comportamiento con relevancia penal corresponde iniciar una investigación preliminar, a fin de evitar inconsistencias en el análisis fáctico y jurídico, así como también evitar pronunciamientos prematuros carente de indagaciones que -como persecutores de delito- se deben realizar frente a una noticia criminal con la finalidad de encontrarse sustentada en base a actos de investigación sólidos que coadyuven a determinar decisión arribada.

3.2.6. Por lo expuesto, al advertirse que la fiscalía de primera instancia ha emitido un pronunciamiento sin desarrollar todos los actos de investigación conducentes, útiles, pertinentes y lícitos, a efectos de obtener suficientes indicios reveladores que sustenten la imputación del recurrente en busca del esclarecimiento del hecho delictivo que denuncia y la vinculación con el autor del mismo; este despacho superior considera que se ha incurrido en causal de nulidad al emitirse la decisión fiscal revisada, y que hace falta la actuación de actos de investigación a efectos de alcanzar los fines de la misma (inciso 1º del artículo 65 del Código Procesal Penal) bajo la pertinencia de lo previsto en el inciso 1) del artículo 329º e inciso 1) y 2) del artículo 330º del código procesal penal, correspondiendo disponer abrir investigación preliminar, que deberá desarrollarse en un **plazo prudente y razonable**, con el propósito de que:

- a) Se reciba la declaración del denunciante JOSE ALFREDO MORALES CONDOR, a fin de que brinde mayor información sobre los hechos materia

Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad 1583-2007-SANTA. Vocal ponente Rodríguez Tineo. Gaceta Penal Tomo 10. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 186.

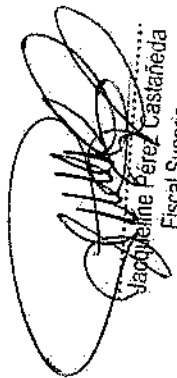
³ Cfr. Ramiro Salfinas Siccha. Delitos contra el Patrimonio. Segunda Edición. Jurista Editores. Lima 2006, p. 211-212. Ver, Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 05 de noviembre de 1998, recaída en el Expediente Nro. 2774-98A, en Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios. Gaceta Jurídica. Lima, 1999, p. 290.

Jacquelin Pérez Castañeda
Fiscal Superior
Primera Fiscalía Superior Penal del Callejón



de denuncia y proporcione documentación sustentatoria, con el propósito de determinar bajo qué título el denunciado ha recibido dinero o cuota sindical retenida por parte de la empresa ESLIMP Callao (depósito, comisión administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado), así como también informe si a la fecha la empresa ha cumplido con realizar el depósito de las cuotas sindicales retenidas al Sindicato de Trabajadores.

- b) Se cite a ROBERTO CARLOS TORREJON TORRE, representante legal de ESLIMP Callao, a fin de que realice el descargo de los hechos que se le atribuyen respecto a la apropiación indebida de dinero por concepto de cuotas sindicales retenidas correspondientes a diciembre de 2020, febrero y marzo de 2021, así como también responda del por qué no ha efectuado los depósitos de las cuotas sindicales retenidas al Sindicato de Trabajadores o, de ser el caso, si ya ha procedido a realizarlo.
- c) Se oficie a la GERENCIA GENERAL DE LA EMPRESA DE SERVICIOS DE LIMPIEZA MUNICIPAL PÚBLICA DEL CALLAO (ESLIMP Callao), con el propósito de que informe el motivo por el cual no han sido depositados las cuotas sindicales correspondientes a los meses de diciembre de 2020, febrero y marzo de 2021 al personal afiliado al gremio sindical de los trabajadores de ESLIMP CALLAO e informe la calidad de los montos dinerarios retenidos por concepto de cuota sindical.
- d) Sin perjuicio que el titular de la investigación disponga otros actos de investigación que estime pertinentes y necesarios para el presente caso.


 Jacqueline Pérez Castañeda
 Fiscal Superior
 Primera Fiscalía Superior Penal del Callao

3.2.7. En tal sentido, de los actuados de la carpeta fiscal de referencia, se advierte un examen carente de coherencia y solidez, prescindiendo de la recopilación de medios de investigación vitales y acorde a los hechos denunciados, los mismos que hubiesen permitido al fiscal de primera instancia una adecuada perspectiva de los hechos denunciados y un juicio de subsunción mejor elaborado; por ende, los argumentos esgrimidos en el requerimiento de elevación de actuados cobran validez, en el sentido que deberán analizarse juntamente con las diligencias investigativas que la fiscalía de origen realizará para la mejor valoración y esclarecimiento del hecho punible y luego determinar correctamente si es pertinente promover el aparato persecutor, con un pronunciamiento debidamente motivado, esto es, expresar con suficiencia, claridad y coherencia las razones que se han tenido para tomar una determinada decisión; puesto que, motivar es justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente e indicando los fundamentos de la operación que el fiscal efectúa.

3.2.8. En consecuencia, esta fiscalía superior penal concluye, en definitiva, que la disposición fiscal venida en grado adolece de nulidad porque ha vulnerado el derecho a la garantía de la motivación de las decisiones jurisdiccionales consagrada en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política; situación que exige declarar nula tal disposición fiscal, a tenor de lo prescrito en el literal d) del artículo 150 del Código Procesal Penal; y que, por lo tanto, a fin de asegurar un regular pronunciamiento fiscal, los



actuados regresen a la fiscalía provincial de origen, para que realice las diligencias anotadas líneas arriba y posteriormente, cumpla con emitir nueva disposición con sujeción a ley.

4. DECISIÓN

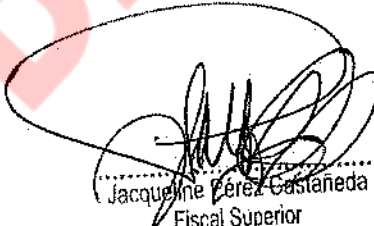
Por las consideraciones expuestas y, de conformidad con lo establecido en el artículo 159º de la Constitución Política del Perú y el artículo 12º del Decreto Legislativo N° 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público –concordado con el artículo 334º numeral 6 del Código Procesal Penal, la Primera Fiscalía Superior Penal del Callao declara:

Primero: FUNDADO el requerimiento de elevación de actuados interpuesto por Jose Alfredo Morales Condor, representante del Sindicato de Trabajadores de ESLIMP Callao (fs.88/94), contra la Disposición Nro. 01, de fecha 15 de abril de 2021, emitida por el Tercer Despacho de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal del Callao.

Segundo: NULA la Disposición Nro. 01, de fecha 15 de abril de 2021, emitida por el Tercer Despacho de la Cuarta Fiscalía Provincial Penal del Callao (fs. 82/40), que dispuso NO PROCEDER A FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA contra **ROBERTO CARLOS TORREJON TORRE** (representante legal de ESLIMP Callao) y **LQRR**, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio- APROPIACIÓN ILCÍTA, en agravio del Sindicato de Trabajadores de ESLIMP Callao.

Tercero: ORDENAR al fiscal responsable abrir investigación preliminar por un **plazo prudente y razonable**, a efectos que realice los actos de investigación que resulten pertinentes y acorde al delito denunciado de acuerdo con lo señalado en el **ítem 3.2.6.**; vencido el plazo, emita el pronunciamiento que corresponda, teniendo en consideración los aspectos advertidos, bajo responsabilidad.

Cuarto: NOTIFÍQUESE la presente disposición a los sujetos procesales, de acuerdo a ley; cumplido ello, devuélvase los actuados a la Fiscalía de origen.


Jacqueline Pérez Gastañeda
Fiscal Superior
Primera Fiscalía Superior Penal del Callao