

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, cuatro de octubre de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Lambayeque, con los recaudos que se adjuntan al principal; decisión que se adopta bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.

1. DECISIÓN CUESTIONADA.-

La sentencia de vista de veintitrés de agosto de dos mil once, emitida por la Primera Sala Penal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos a sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el señor Juez del Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo, que condenó a doña Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola, la absolvió de los cargos formulados en su contra.

2. FUNDAMENTOS DE LA CASACIÓN.-

La recurrente solicita que la Instancia Suprema declare nula la sentencia de vista cuestionada y en sede de instancia proceda a condenar a la procesada como autora del delito imputado y se establezca doctrina jurisprudencial al respecto; sustentando su planteamiento en las siguientes consideraciones:

2.1 La decisión efectuó una errónea interpretación de la norma penal contenida en el artículo ciento noventa del Código Penal que regula el delito de apropiación ilícita.

2.2 Que la reacción penal debe ser la sanción de aquellos comportamientos tendientes a menoscabar intereses jurídicos protegidos, como el caso concreto en que el agente aprovechándose de la condición especial conferida por una persona

determinada se aprovecha de la misma, luego de realizar cobros en su nombre, no colocando o entregando el bien fungible dentro de la esfera de disponibilidad del titular, apropiándose de lo cobrado.

2.3 Los argumentos esbozados en la sentencia de vista cuestionada contradicen los desarrollos dogmáticos efectuados respecto a la configuración del delito de apropiación ilícita, por lo que se debe establecer un criterio en salvaguarda de los derechos de los justiciables y del irrestricto derecho de propiedad, de aquel que si bien no entrega materialmente la cosa, es el que concede la condición especial al agente.

2.4 La imputación criminal referida a la apropiación por parte de la procesada de la suma de quince mil setenta y un nuevos soles con nueve céntimos producto del cobro a varios clientes de la empresa agraviada que no fueron reportados, configura el delito de apropiación ilícita por cuanto la encausada haciendo uso de las facultades o condición especial conferida, recibió dinero, firmando las respectivas facturas, y no obstante que la citada entrega de dinero generaba la obligación de darle un destino final a los bienes fungibles, dispuso de los mismos, cuando su condición no le permitía tal conducta.

2.5 No resulta adecuado afirmar que el sujeto pasivo del delito sea siempre la persona que entrega el bien mueble ya que en muchas ocasiones dicho acto no se condice con el nacimiento de la condición especial en el agente, la misma que es conferida por el sujeto como titular del derecho de propiedad afectado, con el acto de apoderamiento perpetrado.

2.6 Finalmente sostiene que: "*[l]os magistrados de la Sala Penal indican que cuando los clientes cancelaron el dinero, no lo hicieron con la intención de que la imputada entregara el dinero a su*

principal, porque para ellos se efectuó a la empresa misma, por lo que no habría apropiación ilícita, debido a que los entregantes del dinero lo hicieron a la empresa, ello determinaría en todo caso, que la transferencia de dinero efectuada a la imputada fue realmente realizada a la empresa misma, lo que, en un supuesto negado (ya aceptando la incorrecta tesis propuesta por el tribunal superior) supondría un acto, sino de apoderamiento, de sustracción del dinero por parte de la imputada, asumiendo la ficción jurídica que el dinero ya se encontraba en disponibilidad de la empresa (en atención al estado de dependencia de la empleada y conforme lo plantea la Sala Penal de Apelaciones), por lo que el acto de apoderamiento del dinero por parte de la imputada importaría (también por ficción jurídica) un acto de sustracción, configurando, por inferencia de dichas afirmaciones de la Sala Penal, el delito de hurto; lo que implicaría (para no dejar impune el hecho) que en todo caso se debió proceder conforme a las facultades conferidas por el inciso uno del artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal en concordancia con el contenido del inciso uno del artículo trescientos setenta y cuatro del mismo texto adjetivo y haber sugerido una nueva calificación jurídica, para poder aplicar la excepción contenida en el inciso dos del artículo trescientos noventa y siete del ya acotado Código Procesal, ya que el no hacerlo viene generando impunidad e indefensión" (sic).

3. ITER PROCESAL.-

3.1 El recurso de casación fue calificado por el Colegiado Supremo mediante resolución de veinticinco de noviembre de dos mil once (folios trece a quince del cuaderno de casación), declarándose bien concedido el recurso por la causa de errónea interpretación de la

norma penal, a fin de establecer doctrina jurisprudencial respecto a si para subsumir o no una conducta dentro de los alcances del delito previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal, se ha de tener en cuenta el aspecto objetivo del delito de apropiación ilícita, la relación existente entre sujeto activo, sujeto pasivo y justo título – *condición cualificante del agente*- y su aplicación al caso en concreto.

3.2 Cumpliéndose con lo estipulado por el artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, se llevó a cabo la audiencia de casación escuchándose los alegatos de la Fiscalía Suprema en lo Penal; deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar resolución de fondo, que se leerá el día catorce de noviembre de dos mil doce.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO.-

1.1 El numeral tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal establece como causa para interponer el recurso de casación cuando la sentencia importa una errónea interpretación de la Ley Penal.

1.2 El inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal estipula que la Corte Suprema discrecionalmente establecerá doctrina jurisprudencial.

1.3 El artículo cuatrocientos treinta y tres del citado Código regula el contenido de la sentencia de casación y sus efectos.

1.4 El primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal sanciona la conducta del 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.

1.5 La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil diez, Lambayeque, tramitó el delito de apropiación ilícita teniendo como *factum* que los trabajadores de un grifo se apropiaron ilícitamente de los ingresos de las ventas diarias de combustible no reportado.

1.6 La Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de queja número veinte guión dos mil ocho guión Lima de veintitrés de marzo de dos mil nueve vinculada con Ejecutoria Suprema expedida en el recurso de nulidad número mil cuarenta y nueve guión dos mil ocho de diez de marzo de dos mil nueve, estableció la configuración del tipo de apropiación ilícita por la indebida apropiación efectuada por el encausado de libros contables de la empresa agraviada.

SEGUNDO: SÍNTESIS DEL FACTUM.-

Se aprecia del requerimiento fiscal obrante en los folios uno a nueve que se imputa a la encausada doña Jalli Jannan Villareal López que en su condición de empleada de la empresa agraviada, Rinti S.A., - *vendedora de productos alimenticios para caninos y felinos*- se apropió indebidamente del dinero que cobró a clientes de ésta empresa, ascendente a quince mil setenta y un nuevos soles con nueve céntimos (S/. 15, 071.09). Así, la imputada entregó a clientes de la empresa comprobantes de pago en señal de acuse de recibo del dinero por los productos vendidos sujetos a crédito, pero una vez efectuado el pago por estos a ella, no lo entregó las arcas de la referida empresa.

TERCERO: DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN.-

3.1 La sentencia cuestionada señala como fundamento para revocar la decisión de primera instancia que:

“El delito de apropiación ilícita es un delito especial propio que comete el ciudadano que habiendo recibido un bien mueble,

como una suma de dinero, no lo devuelve, entrega a otro o usa de la manera convenida a través de un contrato, por ejemplo de comisión, administración o depósito; haciéndolo suyo, en perjuicio de la persona que se lo entregó; quien generalmente es su propietario y en ocasiones quien tiene un derecho de crédito sobre dicho bien (...)

En el presente caso, según el Ministerio Público, la sentenciada en su condición de dependiente de la empresa agraviada recibió de los clientes de éste sumas de dinero en pago por las mercancías vendidas; dinero que no cumplió con entregar a su principal o empleadora; es decir, a la empresa agraviada; por tanto, queda claro que el dinero fue entregado en propiedad a la empresa agraviada, a través de su empleada, la sentenciada, sin que se advierta en dicho acto una obligación, a cargo de ésta, de hacer un uso determinado con dicho dinero, menos entregarlo a otro, pero menos aún de devolverlos a sus otorgantes".

3.2 Continúa el sustento de la sentencia argumentando que:

"Se sobreentiende que si la sentenciada fue una dependiente de la empresa agraviada, cuando los clientes de ésta cancelaron sus deudas no lo hicieron con la intención que aquella entregara el dinero a su principal, porque para ellos la cancelación se efectuó a la empresa misma, a través de la sentenciada; en consecuencia, respecto a ellos no se produjo ningún abuso de confianza ni perjuicio patrimonial; siéndoles ajena la diferencia surgida entra la empresa agraviada y su dependiente, la sentenciada; por tanto, no reconociéndose en la actuación de ésta, producto de la entrega del dinero, una obligación impuesta, por su relación con los clientes de la

empresa agraviada, de entregar a otro, hacer un uso determinado o devolver dicho dinero; la acción imputada es atípica del delito de apropiación.

Debe quedar claro entonces, contrariamente a lo postulado por el Ministerio Público, que la condición de sujeto pasivo en el delito de apropiación ilícita no se da en función de la persona a quien el sujeto activo se obliga a entregar un bien, sino en referencia a la persona que entrega dicho bien en posesión temporal, siempre que del título o contrato celebrado surja la obligación de entregarlo a otro".

CUARTO: PRECISIONES DOGMÁTICAS SOBRE LA APROPIACIÓN ILÍCITA O INDEBIDA.-

4.1 El primer predicado rector que define este tránsito de lo lícito a lo ilícito es la "apropiación", entendida esta como la incorporación a la esfera propia del patrimonio de aquello que fue recibido meramente a título posesorio¹.

4.2 El legislador identifica una serie de supuestos (aquellos en los que el sujeto ha llegado a la previa posesión de la cosa por un medio que no constituye infracción penal y que coincide con la recepción de la cosa merced a un título que produce la obligación de devolverla o entregarla) que resultan más graves que los anteriores, al implicar la vulneración, como consecuencia de la conducta apropiatoria, de una obligación de custodia y aplicación a un fin, que imprime a la dinámica comisiva una especial naturaleza fraudulenta: en ellos el autor se aprovecha de que tiene la posesión de la cosa, orientada al cumplimiento de esas obligaciones, para apropiarse de ella².

¹ MOLINS RAICH, Marc: "Consideraciones acerca del delito de apropiación indebida", <http://www.rocjunyent.com>.

² SIMONS VALLEJO, Rafael: Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código Penal español), extraído de <http://www.uhu.es>.

4.3 Lo que caracteriza a la posesión que da lugar a la apropiación indebida es que el sujeto tiene la cosa con conciencia de que aún siendo ajena, le corresponde alguna facultad sobre ella, siquiera sea delegada por otro (posesión por otro), con el que tiene un vínculo jurídico, como ocurre con el mandatario, el administrador, el representante legal entre otros³.

QUINTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PROPIEDAD.-

5.1 Al respecto cabe indicar que en la dinámica del delito de apropiación ilícita hay que distinguir dos momentos, uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento. Es decir, que lo que se sanciona en el delito de apropiación ilícita en principio, es la transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien.

5.2 Por ello, existe en la conducta ilícita el incumplimiento de una obligación futura nacida de una relación legal o contractual. Este ilícito requiere necesariamente la preexistencia del poder de custodia sobre un bien por un título que produzca la obligación de entregar devolver o hacer un uso determinado.

5.3 Lo que fundamenta la mayor gravedad de la apropiación indebida es la ruptura de una obligación jurídica de devolución o entrega del objeto⁴. La conducta típica descrita tiene como

³ GONZÁLEZ RUS, J.J. Delitos contra el patrimonio, citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: Derecho penal parte especial: tomo II, 3ra reimpresión, Lima, 2011, p. 286

⁴ PÉREZ MANZANO, Mercedes: Las defraudaciones (II). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico y análogas en Compendio de derecho penal

significado el disponer de la cosa como si fuera propia de manera que ello implica incumplimiento definitivo de la obligación de entrega o devolución⁵.

5.4 La existencia de una relación entre el autor y el objeto material del delito determina su connotación especial, en tanto solo puede ser sujeto activo aquél que ostente la relación jurídica exigida por el tipo penal⁶, esto es haber recibido el objeto de manera lícita en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo.

5.5 La conducta esencial que debe desarrollar el agente está constituida por la apropiación, es decir, por el apoderamiento o adjudicación a su favor de un bien mueble que no le pertenece legalmente. Eso implica que el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de la esfera de su patrimonio -bajo su dominio- un bien mueble que sabe perfectamente que es ajeno, dado que le pertenece a otro, en su forma clásica, ese otro es quien por título lícito, le confió el bien por un tiempo y con un fin determinado.

5.6 La obligación de entregar debe cumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble⁷. Con la apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores⁸.

parte especial, Volumen II Coor. Bajo Fernández Miguel, Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1998, p. 478.

⁵ *Ibidem*, p. 481.

⁶ *Ibidem*, p. 484

⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro: Derecho Penal Parte Especial, Vol. II, 4ta edición, Ed. Grijley, Lima, 2010, p. 1020.

⁸ *Ibidem*, p. 1022.

5.7 Víctima o sujeto del delito de apropiación ilícita será cualquier persona natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente, para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien⁹.

SEXTO: CRITERIO DOCTRINAL RESPECTO A LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN JURÍDICO PATRIMONIO.-

Frente al criterio doctrinal anterior se halla un segundo grupo de especialistas, ciertamente minoritario, que consideran que el delito de apropiación indebida no solamente castiga los actos de expolio o de expropiación en estado puro, caracterizados por la privación definitiva de la propiedad, sino que el bien jurídico protegido por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad lo que se protege sino también el derecho de los acreedores a ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia, colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas.

SÉPTIMO: ANTECEDENTE DOCTRINAL.-

7.1 En esencia, la distinción entre la postura en pro de la propiedad y la postura en favor del patrimonio radica en que, mientras que en la primera solamente se consideran típicas las conductas que cristalicen en una apropiación definitiva por la integración del bien en la esfera de dominio del sujeto activo, en la segunda, esto es, en la postura que defiende la tipicidad de determinadas formas de lesión del patrimonio se considera que el referido precepto contempla dos infracciones penales de distinta naturaleza: las que atentan

⁹ *Ibidem*, p. 1024.

directamente contra la noción de propiedad y las que eventualmente puedan atentar contra el patrimonio criminalizando determinadas lesiones del derecho de crédito que por sus circunstancias puedan considerarse especialmente reprochables¹⁰.

7.2 Con el Código de Procedimientos Penales y el Decreto Legislativo número ciento veinticuatro, las causas por delito de apropiación ilícita se tramitaban como procesos sumarios, de modo que no eran conocidas de manera común por la Suprema Corte. No obstante, la Corte Suprema se ha pronunciado, así, en la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número mil doscientos noventa y seis guión dos mil seis, Lambayeque, de dieciocho de abril de dos mil once, ya referida, no obstante no existir pronunciamiento de fondo, no se cuestiona que los griferos que se apoderan del dinero recibido por pago de combustible desplegaran conducta de apropiación, en agravio del Grupo Empresarial propietario del grifo.

OCTAVO: ADOPCIÓN DE POSTURA JURISPRUDENCIAL.-

8.1 Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y éste último queda en calidad de depositario, (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa.

8.2 Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió.

¹⁰ MOLINS RAICH, Marc: *Op.cit.* <http://www.rocajunyent.com>.

8.3 Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito.

8.4 En los dos últimos casos, no es factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos -lo que es característico del hurto-, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda.

8.5 A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa "*ad maioris ad minus*", si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto.

8.6 No hay por tanto en el asunto *sub judice*, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría -como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando éste fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado.

8.7 Es probable que en determinados casos concurra alguna falsedad o falsificación con la conducta apropiatoria, hecho que se debe evaluar como corresponde.

8.8 No es posible para este Colegiado Supremo definir el fondo de la materia, dado que no se cuenta con los actuados del proceso, de modo que corresponde reenviar al Órgano Jurisdiccional llamado por ley, para que efectúe el juicio de apelación, definiendo si se produjo o no una apropiación lícita considerando sus particularidades y efectos.

DECISIÓN:

Por todo ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **ACORDAMOS:**

I. DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Lambayeque, en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de veintitrés de agosto de dos mil once emitida por la Primera Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en los folios sesenta y dos a sesenta y siete del cuaderno acompañado, que revocó la sentencia emitida por el Juez del Sexto Juzgado Penal Unipersonal de Chiclayo que condenó a doña Jalli Jannan Villarreal López como autora del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Rinti Sociedad Anónima y reformándola, la absolvió de los cargos formulados en su contra.

II. DISPONER: que se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se lleve a cabo el juicio de apelación conforme a ley.

III. MANDAR: que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y las demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales en los que se encuentra en vigencia el Código

Procesal Penal, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los acápites 8.1 a 8.6 del considerando octavo de la presente Ejecutoria Suprema, de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. ORDENAR la transcripción de 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".

Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por el periodo vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

SANTA MARIA MORILLO

JS/scd

JURISTA
EDITORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

0 4 FEB 2013



SALA PENAL PE
CASACIÓN N.º 1
AREQUIPA

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SAN MARTIN
STRO CESARIO GONDI
Fecha: 24/09/2020 10:02:37 Razón:
SOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
PREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: FIGUEROA
VARRO ALDO MARTIN
Fecha: 25/09/2020 09:10:34 Razón:
SOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
PREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CASTAÑEDA
PINOZA JORGE CARLOS
Fecha: 24/09/2020 11:37:55 Razón:
SOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
PREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CDAGUILA
AVEZ ERAZMO ARMANDO
Fecha: 24/09/2020 11:30:44 Razón:
SOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
PREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: LAS CAMPOS
CARRERA RAYD 20159981270
Fecha: 28/09/2020 11:05:17 Razón:
SOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
PREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

PODER JUDICIAL
E SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA

Ejercicio de un derecho de retención en el delito de apropiación ilícita

El ejercicio del derecho de retención, para ser considerado como una causa de justificación, requiere el cumplimiento de las condiciones establecidas en el propio derecho privado y no estar incurso en alguna de las excepciones que dicho ordenamiento jurídico prevé.

SENTENCIA DE CASACIÓN

ha, diecinueve de agosto de dos mil veinte

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación penal material interpuesto por el abogado de la empresa **Enrica S. A. C. (parte civil)** contra la sentencia de vista emitida el veintitrés de octubre de dos mil dieciocho por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: **i)** revocó la sentencia de primera instancia expedida el veintidós de mayo de dos mil dieciocho, y condenó a **Enrique Raúl Arévalo Domínguez** como autor del delito de apropiación ilícita, en agravio de la recurrente, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un año bajo cumplimiento de reglas de conducta y fijó el pago de S/ 1000 (mil soles) por concepto de reparación civil; y **ii)** reformándola, absolvió a Arévalo Domínguez de la mencionada imputación.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

II. Fundamentos de Impugnación

Trasladada la causa a la Corte Suprema, se avocaron a su conocimiento los señores jueces de esta Sala Penal, quienes luego de cumplido el trámite de traslado a las partes procesales con interés y legitimidad expedieron el auto de calificación del siete de junio de dos mil diecinueve, que declaró bien concedido el recurso por el motivo previsto en el numeral 3 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–.

La impugnación propuesta pretende que, vía desarrollo jurisprudencial, se determine si el derecho de retención –estipulado en el artículo 1123 del Código Civil– resulta aplicable a las relaciones de tipo laboral en las que un trabajador, argumentando la falta de pago de sus honorarios, comisiones o beneficios sociales, se apropie de dinero de la empresa que cobró con motivo de su ejercicio laboral, y si dicho proceder constituye una causa de justificación del tipo penal de apropiación ilícita.

Como motivo casacional, invoca el numeral 3 del artículo 429 del NCPP. Alega que la retención se aplica para relaciones civiles y comerciales, y no para vínculos laborales porque los reclamos que se pretendan efectuar en esta materia poseen vía procesal específica. Asimismo, denuncia la inconsistencia que tendría justificar la conducta de apropiación, cuando el artículo 25 del Decreto Supremo número 003-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728) prevé como falta grave el supuesto en el que un trabajador se apropia de los bienes del empleador.

Segundo. Imputación

Se imputó a Enrique Raúl Arévalo Domínguez haberse apropiado de S/ 2287.90 (dos mil doscientos ochenta y siete soles con noventa céntimos) provenientes de la venta de productos de limpieza de la empresa Técnica S. A. C. La mencionada cantidad no se reportó ni ingresó a las arcas de la dependencia laboral en la que se desempeñaba como cobrador. El imputado se apoderó de dicho monto alegando la falta de pago de los beneficios sociales por el periodo laboral comprendido entre los meses de septiembre a diciembre de dos mil doce. Estos hechos fueron calificados como apropiación ilícita, delito previsto en el artículo 190 del Código Penal.

Tercero. Itinerario del proceso

- 3.1.** El quince de septiembre de dos mil dieciséis la señora fiscal del Segundo Despacho de Decisión Temprana del Distrito Judicial de Arequipa formuló su requerimiento de acusación contra Enrique Raúl Arévalo Domínguez por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de apropiación ilícita, en agravio de la empresa Técnica S. A. C. –representada por Javier Adalberto Pinto Manrique–, y por ello propuso que se le imponga la pena de dos años y cuatro meses de privación de libertad –folios 1-12 del cuaderno de debate–.
- 3.2.** Superada la etapa intermedia, se llevó a cabo el juicio de primera instancia a cargo del Primer Juzgado Unipersonal de la Sede Central, que expidió sentencia el veintidós de mayo de dos mil dieciocho y condenó a Enrique Raúl Arévalo Domínguez como autor del delito que fue materia de acusación a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año y fijó en S/ 1000 (mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil.
- 3.3.** Disconforme con esta decisión, el encausado recurrió en apelación su condena, y se avocó a su conocimiento la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte de Arequipa, que emitió la sentencia de vista del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, que declaró fundado el recurso formulado por Arévalo Domínguez, revocó el fallo de primera instancia y lo absolvió de los cargos imputados bajo el siguiente argumento: “La conducta es típica; sin embargo, se halla justificada por el ejercicio del derecho de retención como una expresión del derecho de defensa privada, y se halla justificada por el ordenamiento civil”.
- 3.4.** Contra la decisión de segunda instancia, la parte civil formuló su recurso de casación. Luego de haberse concedido y cumplido el procedimiento, de conformidad con el numeral 1 del artículo 431 del NCPP, se fijó como fecha para la vista de la causa el miércoles cinco de agosto del presente año. Esta se llevó a cabo mediante el aplicativo Google Hangouts, con la intervención del abogado representante de la parte civil. Una vez culminada, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en la que se produjo el

debate en virtud del cual, tras la votación respectiva y al obtener el número necesario de votos, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Sobre la configuración del motivo casacional previsto en el numeral 3 del artículo 429 del NCPP

El numeral 3 del artículo 429 del NCPP establece como causal de casación la siguiente: "si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación".

Conforme a los antecedentes procesales y a los términos del recurso, se debe evaluar si la decisión de la Sala Superior de Arequipa incurre en una indebida aplicación de la ley penal y normas necesarias.

Segundo. Hechos probados en el juicio

En juicio oral quedó acreditado que:

- Enrique Raúl Arévalo Domínguez laboró como asesor de ventas en la empresa Técnica S. A. C. durante el periodo comprendido entre agosto y diciembre de dos mil doce. Su función consistía en efectuar ventas, las cuales tenía que reportar a la caja de la empresa.
- El contrato entre la referida empresa y Arévalo Domínguez fue de locación de servicios.
- El encausado percibía una remuneración de S/ 800 (ochocientos soles), vía recibo por honorarios.
- El contrato fue verbal.
- El encausado reconoció tener en su poder la suma de S/ 2287.90 (dos mil doscientos ochenta y siete soles con noventa céntimos) producto de la cobranza de varios clientes de la empresa, con el fin de que su empleador cumpliera con pagarle sus comisiones y beneficios laborales.
- Ante el incumplimiento del pago del ingreso adicional del 5 % de las ventas, el imputado, al dejar de laborar, efectuó su reclamo ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo al año siguiente y, como consecuencia de una audiencia en dicha sede, la empresa consignó a favor de Arévalo Domínguez la suma de S/ 1000 (mil soles) por el pago de las comisiones que habría efectuado. Sin embargo, el encausado refirió que dicha suma no era suficiente y por ello seguiría poseyendo el dinero de la empresa hasta que se le cancelaran sus beneficios sociales y las comisiones de ventas mensuales de noviembre y diciembre, ascendentes a la suma de S/ 7000 (siete mil soles).

Tercero. Configuración del tipo penal

El tipo penal de apropiación ilícita se halla previsto en el artículo 190 del Código Penal, que señala lo siguiente:

Artículo 190.- 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.

A nivel jurisprudencial, la Sentencia de Casación número 301-2011/Lambayeque¹ ha establecido que:

- a. La apropiación es entendida como la incorporación a la esfera patrimonial de aquello que fue recibido meramente a título posesorio.
- b. El legislador identifica una serie de supuestos (aquellos en los que el sujeto ha llegado a la previa posesión de la cosa por un medio que no constituye infracción penal y que coincide con la recepción de la cosa merced a un título que produce la obligación de devolverla o entregarla) que resultan más graves que los anteriores, al implicar la vulneración, como consecuencia de la conducta apropiatoria, de una obligación de custodia y aplicación a un fin, que imprime a la dinámica comisiva una especial naturaleza fraudulenta: en ellos el autor se aprovecha de que tiene la posesión de la cosa, orientada al cumplimiento de esas obligaciones, para apropiarse de ella.
- c. Lo que caracteriza a la posesión que da lugar a la apropiación indebida es que el sujeto tiene la cosa con conciencia de que, aun siendo ajena, le corresponde alguna facultad sobre ella, siquiera sea delegada por otro (posesión por otro), con el que tiene un vínculo jurídico, como ocurre con el mandatario, el administrador, el representante legal entre otros.
- d. Lo que se sanciona en el delito de apropiación ilícita en principio, es la transmutación que efectúa el sujeto activo de una posesión legítima al ejercicio de facultades inherentes a la propiedad del bien.
- e. Este delito requiere necesariamente la preexistencia del poder de custodia sobre un bien por un título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado.
- f. La conducta esencial que debe desarrollar el agente está constituida por la apropiación, es decir, por el apoderamiento o adjudicación a su favor de un bien mueble que no le pertenece legalmente. Eso implica que el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de la esfera de su patrimonio –bajo su dominio– un bien mueble que sabe perfectamente que es ajeno, dado que le pertenece a otro, en su forma clásica, ese otro es quien, por título lícito, le confió el bien por un tiempo y con un fin determinado.
- g. La obligación de entregar debe cumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble. Con la

¹ Efectuando diversas citas doctrinarias, cuyas menciones expresas se hallan en el documento de origen.

apropiación ilícita se lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores.

- h. Cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y este último queda en calidad de depositario (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega a su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa.
- i. Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor, conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre del agente cobrador o recaudador lo recibió.
- j. El cajero que opera en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito, simplemente decide quedárselo para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda.

Cuarto. Desarrollo de la materia propuesta

- 4.1. En principio, se debe determinar la naturaleza del contrato de trabajo²; si es uno propiamente dicho o una locación de servicios. Respecto al primero, resulta aplicable la legislación especial sobre la materia; mientras que sobre el último regirán las normas del Código Civil. Será importante precisar la naturaleza de la relación jurídica³.
- 4.2. Por la naturaleza de los hechos y la prueba actuada en el juicio de este caso, el desarrollo de la propuesta debe enmarcarse dentro de los contratos de locación de servicios⁴, los que, *prima facie*, no generan la concesión de beneficios laborales⁵ y, como se señaló antes, se rigen por las normas contractuales del derecho privado.
- 4.3. En ese sentido, la retención como derecho real de garantía tiene su regulación en el artículo 1123 del Código Civil⁶. Se ejerce en determinados escenarios y bajo condiciones específicas. Su naturaleza, en principio, sí permitiría situarla como supuesto para afirmar el ejercicio de un derecho y justificar una conducta

² Sin que ello sea relevante para determinar su conducta antijurídica, sino para fijar el marco legal de su aplicación.

³ La eventual desnaturalización del contrato no es un objeto a dilucidar a nivel civil. El juez debe evaluar el régimen de la prestación del servicio al tiempo en el que se cometieron los hechos.

⁴ Se descarta la aplicación de la legislación laboral y, por ende, la mención del letrado que intervino en audiencia sobre la aplicación del artículo 25 del Decreto Supremo número 03-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728).

⁵ No está en discusión la desnaturalización del contrato. Este debate no corresponde a la vía penal.

⁶ Por el derecho de retención, un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

- punible, siempre que cumpla con los requisitos que la legislación civil prevé: **i)** la existencia de una obligación no garantizada suficientemente, **ii)** la existencia de un bien del deudor en poder del acreedor y **iii)** conexión entre el crédito y el bien.
- 4.4. La aplicación de una institución de derecho civil en el ámbito penal requiere una revisión de sus fundamentos operativos. No se trata solo de invocarla para declarar la inexistencia del tipo penal sin efectuar un análisis integrado tanto del sistema jurídico civil como del penal, los que en su conjunto conllevarían determinar la juridicidad o no del derecho ejercido que se invoca.
 - 4.5. El ordenamiento civil muestra que el derecho de retención tiene sus excepciones. La principal está regulada en el artículo 1124 del Código Civil, según el cual no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona.
 - 4.6. Cuando un trabajador efectúa el cobro de dinero por la venta de productos de una empresa, tiene la obligación de entregar la suma recibida a la entidad en la que presta servicios. El trabajador es solo un intermediario en la transacción. Este deber resulta aplicable, entre otros, para el cajero de un supermercado, el preventista o el vendedor que acude a promocionar directamente productos a las viviendas de los consumidores. La forma en la que el acreedor tuvo acceso al dinero de su deudor fue bajo un fin específico y, por ello, se situaría dentro de las excepciones que regula el artículo 1124 del Código Civil.
 - 4.7. En ese mismo supuesto se hallaría quien se apropió de una suma de dinero que cobró para ser entregada a su locador. Además, esta conducta implica una defraudación de la confianza y no podría ser justificada con base en la retención por el pago de una deuda que su locador le tenía.
 - 4.8. Entonces, sobre la base de una conducta excluida legalmente en el derecho privado, no se podría justificar un comportamiento delictivo, toda vez que el proceder a nivel civil no fue lícito.
 - 4.9. El numeral 8 del artículo 20 del Código Penal prevé que no será sancionado quien obre: **i)** por disposición de la ley, **ii)** en cumplimiento de un deber y **iii)** en ejercicio de un derecho.
 - 4.10. La determinación del ejercicio de un derecho demanda su licitud, esto es, la ausencia de prohibiciones para su invocación tanto a nivel penal como civil, así como la mención expresa de que no se

ampara el abuso del derecho ni el ejercicio de justicia por mano propia.

- 4.11. La retención que no cumpla con las condiciones para ser invocada y aplicada a nivel del derecho civil no tendrá amparo suficiente para ser constituida como el debido ejercicio de un derecho y, por ende, desvirtuaría la configuración de una causa de justificación a nivel penal.

Quinto. Aplicación al caso concreto

- 5.1. La decisión de la Sala Superior de Arequipa de absolver a Enrique Raúl Arévalo Domínguez en virtud del numeral 8 del artículo 20 del Código Penal, justificando la conducta del procesado en el ejercicio de su derecho a la retención de pago –previsto en el artículo 1123 del Código Civil–, no fue correcta.
- 5.2. La información obrante en los recaudos permite afirmar que los hechos se produjeron como consecuencia de una disconformidad de un locador de servicios con su locatario por el presunto incumplimiento del pago de sus beneficios sociales y sus comisiones. Dicha controversia, en tiempo posterior a la presunta apropiación y luego que el encausado dejara de prestar servicios a favor de la empresa agraviada, fue sometida a conocimiento tanto del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como de la Judicatura de paz letrada. Así pues:
- a. A nivel administrativo, formuló su denuncia el cuatro de julio de dos mil trece. En esta vía, la empresa accedió a pagar la suma de S/ 1000 (mil soles).
 - b. A nivel judicial, formalizó su pedido el veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete. Este fue declarado inadmisible.
- 5.3. No obra documento alguno que acredite que Arévalo Domínguez, durante el tiempo comprendido entre agosto a diciembre de dos mil doce, en el que estuvo laborando para la empresa Técnica S. A. C. –y en el cual se apropió de la suma de S/ 2287.90 (dos mil doscientos ochenta y siete soles con noventa céntimos)–, formulara un pedido para el cumplimiento de pago de sus beneficios u otros derechos laborales ante la autoridad laboral administrativa o jurisdiccional. Por lo tanto, no se tiene acreditada o determinada la existencia previa de una obligación de pago de la empresa hacia el trabajador.
- 5.4. La apropiación se produjo sin aviso previo y a iniciativa propia del procesado aprovechando la relación que tenía con el dinero. Por ello, la alegación referida al adeudo para con la agraviada resultaría ser una coartada para justificar el apoderamiento de la suma de S/ 2287.90 (dos mil doscientos ochenta y siete soles con noventa

céntimos), y esta no puede generar crédito para configurar una causa de justificación aunada a las razones expuestas en el considerando precedente. Este elemento temporal resulta relevante y requiere ser analizado a efectos de determinar el reproche de antijuridicidad.

- 5.5.** En ese sentido, la aplicación de la retención como causa de justificación resulta indebida, y así se declara. En tal virtud, corresponde declarar nula la sentencia de vista y ordenar la realización de un nuevo juicio de apelación en el que se deba evaluar lo siguiente:
- a.** La naturaleza de la relación laboral.
 - b.** La existencia y determinación previa de una obligación pendiente de pago entre locatario y locador.
 - c.** El cumplimiento de los requisitos previstos en la ley penal para ejercer el derecho de retención.
 - d.** La aplicabilidad de la excepción del artículo 1124 del Código Civil como excepción del derecho de retención.
 - e.** Las razones y el ánimo con los que obró el agente al momento de apropiarse del dinero de la empresa, y si concurre el elemento subjetivo específico de este tipo penal denominado *rem sibi habendi*.
- 5.6.** Asimismo, deberá verificarse el cumplimiento de las condiciones brindadas por la empresa agraviada para con sus trabajadores y/o locadores de servicios. No se justifica la apropiación de bienes de la empresa. Tampoco se aceptan comportamientos abusivos de los empleadores. Razonadamente, se habrá de evaluar si existió una conducta abusiva del locador a efectos de verificar el disvalor de la acción⁷ para atenuar la sanción o la responsabilidad penal. El derecho penal no debe ser drástico con el trabajador que buscó asegurar el pago de sus honorarios o comisiones por el trabajo que efectuó y, por ello, la respuesta que brinde la judicatura debe ser razonada en términos cuantitativos y cualitativos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

⁷ El disvalor de la acción está fundamentado en el modo, forma o grado de realización de la misma, por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto –cuando existan– y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligan al autor, en los delitos de infracción de deber. Villavicencio, 2017, p. 302

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación penal material interpuesto por el abogado de la empresa **Técnica S. A. C. (parte civil)** contra la sentencia de vista emitida el veintitrés de octubre de dos mil dieciocho por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que: **I)** revocó la sentencia de primera instancia expedida el veintidós de mayo de dos mil dieciocho, que condenó a **Enrique Raúl Arévalo Domínguez** como autor del delito contra el patrimonio-apropiación ilícita, en agravio de la recurrente, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un año bajo el cumplimiento de reglas de conducta y fijó el pago de S/ 1000 (mil soles) por concepto de reparación civil; y **II)** reformándola, absolvió a Arévalo Domínguez de la mencionada imputación. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista y **ORDENARON** la realización de un nuevo juicio de apelación a cargo de otro Colegiado.
- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- III. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

IASV/WHCh

Casación inadmisibles

El recurso interpuesto se desestima, pues el momento de la consumación del delito de apropiación ilícita –artículo 190 del Código Penal–, a efectos de computar el plazo de prescripción, ya fue materia de pronunciamiento por esta Corte Suprema en el Recurso de Casación número 301-2011/Lambayeque. En consecuencia, al no existir interés casacional, los motivos casacionales invocados se desestiman.

Lima, once de octubre de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por **Rafael Surco Gómez** y **Ángel Surco Gómez**; con los recaudos que se adjuntan al cuaderno correspondiente.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

CONSIDERANDO

Primero. Decisión impugnada

Es el auto de vista expedido el veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocó la resolución emitida el quince de octubre de dos mil dieciocho por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la referida Corte, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal formulada por Rafael Surco Gómez y Ángel Surco Gómez en el proceso que se les sigue como autor y partícipe, respectivamente, del delito de apropiación ilícita –artículo 190 del Código Penal–, en perjuicio de la empresa F. L. Montaje y Mantenimiento S. A. C., y en consecuencia declaró no haber mérito para remitir las actuaciones procesales al juzgado unipersonal; y, revocándola el *ad quem*, la reformó y declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal formulada por los impugnantes y, consecuentemente, dispuso que el juez de la etapa intermedia continúe con el control de acusación.

Segundo. Fundamentos del recurso –folios 11 a 19–

- 2.1. Los impugnantes pretenden que esta Sala Suprema declare nula la resolución de vista y confirme la resolución de primera instancia, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal.
- 2.2. Por ello, invocan el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal y proponen como tema para el desarrollo jurisprudencial “que esta Corte Suprema precise de manera clara cuál es el momento de consumación del delito de apropiación ilícita –artículo 190 del Código Penal–”.
- 2.3. Así, invocaron los siguientes motivos casacionales:
 - 2.3.1. Inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal –errónea interpretación de la norma penal–. Según los recurrentes, el delito de apropiación ilícita se consuma en el momento de la apropiación y no, como lo sostuvo el *ad quem*, cuando el agente se resiste, se niega o es renuente de entregar o devolver el bien ante el requerimiento expreso e indubitable de la persona que tiene derecho a efectuarlo.
 - 2.3.2. Inciso 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal. El *ad quem* se apartó del contenido establecido en el Recurso de Casación número 413-2014/Lambayeque –expedido el siete de abril de dos mil quince– al resolver más allá de los términos expuestos por el representante del Ministerio Público –quien sostuvo que la fecha de consumación fue el veintiocho de junio de dos mil doce; sin embargo, el *ad quem* omitió esta referencia–.

Tercero. Pronunciamiento jurisdiccional

- 3.1. Se advierte de autos que el *a quo* argumentó que la última fecha de apropiación del dinero por los impugnantes fue el diecisiete de diciembre de dos mil diez. En virtud de los artículos 80, 83 y 190 del Código Penal, el delito prescribió en el dos mil dieciséis.
- 3.2. Sin embargo, conforme al apartado 5.4. del fundamento quinto del Recurso de Casación número 301-2011/Lambayeque –expedido el cuatro de octubre de dos mil doce por la Sala Penal Permanente–, se indicó que únicamente será sujeto activo de apropiación ilícita aquella persona que haya “recibido el objeto de manera lícita en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado con el mismo”.
- 3.3. Para probar la obligación de devolución –y, como corolario, el momento de consumación del delito de apropiación ilícita–, interesa, que una vez efectuada la solicitud –carta notarial– se advierta la omisión

del agente activo de llevar a cabo la devolución del bien – notificada la carta notarial el agente no se pronuncia–.

- 3.4.** En el caso bajo examen, la empresa agraviada, mediante carta notarial del veintiuno de abril de dos mil quince, requirió a Rafael Surco Gómez que entregue el dinero.
- 3.5.** En virtud de lo reseñado en el apartado 3.3. de este auto de calificación, deberá entenderse que el momento de consumación del delito se produjo al requerirle la empresa agraviada al recurrente la devolución del bien. Adoptar la postura de que el delito se consuma en el momento de la apropiación no permite distinguirla del delito de hurto –a menos que el bien haya sido entregado de manera legítima– y tampoco permitiría probar el dolo del agente.
- 3.6.** Por otro lado, respecto a la infracción del principio de congruencia procesal –Casación número 413-2014/Lambayeque–, debe indicarse que el *ad quem* no está compelido a adoptar la tesis del fiscal –el momento de consumación del delito fue el veintiocho de junio de dos mil doce–, pues su decisión no altera la imputación necesaria –inciso 14 del artículo 139 de la Constitución–.
- 3.7.** De igual manera, el cómputo del plazo para efectuar la prescripción de la acción penal atañe a las consecuencias de la calificación jurídica, por lo que en virtud a la legalidad el *ad quem* puede desvincularse de la propuesta del Ministerio Público.
- 3.8.** En consecuencia, al no existir fundamentos jurídicos para aceptar la propuesta casacional de los recurrentes y tampoco advertirse motivos casacionales para admitir sus pretensiones, el recurso interpuesto es inadmisibile.

Cuarto. Costas procesales

De acuerdo con lo estipulado en el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal, corresponde imponer el pago de costas procesales a los recurrentes.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON NULO** el concesorio contenido en la Resolución número 10, expedida el veintiuno de enero de dos mil diecinueve por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, e **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por **Rafael Surco Gómez** y **Ángel Surco Gómez** contra la resolución de vista, que revocó la del *a quo* y la reformó, por lo que declaró infundada la excepción de improcedencia de la acción penal a favor de los referidos impugnantes, en el proceso que se les sigue por ser presunto autor y cómplice, respectivamente del delito de apropiación ilícita, en agravio de la empresa F. L. Montaje y Mantenimiento S. A. C.
- II. **IMPUSIERON** a los recurrentes el pago de las costas procesales, conforme al inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal.
- III. **ORDENARON** que se notifique a las partes procesales apersonadas en este proceso.
- IV. **DISPUSIERON** que se transcriba la presente ejecutoria al Tribunal Superior de origen y se dé cumplimiento.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

IASV/cjsr

INFUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN

Los cuestionamientos al juicio de subsunción penal no son de recibo, habiéndose procedido correctamente al calificar la imputación jurídica como delito de apropiación ilícita, debido a que el acusado William Oswaldo Juárez Rentería recibió dinero por parte de la empresa colombiana Molinos Roa (socio comercial de Almacenes Éxito), con la finalidad de emplearlo en la adquisición de arroz para exportarlo a través de su empresa PSYCH a Colombia. Las empresas colombianas involucradas en la operación comercial solicitaron la devolución del dinero, encontrando negativa por parte del acusado, quien a la fecha no ha devuelto el dinero que le fue confiado mediante comisión.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, seis de agosto de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado William Oswaldo Juárez Rentería contra la sentencia de vista del diecisiete de octubre de dos mil dieciséis (folio 255), que confirmó la sentencia del diecinueve de julio de dos mil dieciséis (folio 154), que lo condenó como autor del delito contra el patrimonio-apropiación ilícita, en perjuicio Almacenes Éxito y Molinos Roa, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y un millón de dólares de reparación civil (que comprende la devolución de los novecientos ochenta mil dólares apropiados indebidamente).

Intervino como ponente el juez supremo QUINTANILLA CHACÓN.

FUNDAMENTOS DE HECHO

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

Primero. La sentencia de vista confirmó la condena por los siguientes hechos:

1.1. Antecedentes

Almacenes Éxito S. A., empresa colombiana dedicada a la venta de productos diversos a través de su línea de supermercados (en adelante Almacenes Éxito), se interesó en la compra de insumos peruanos como el arroz. Así, la señora Linda Granada se comunicó con dicha empresa el

veinticinco de noviembre de dos mil trece, a fin de poner a su disposición dos mil toneladas de arroz peruano, negocio que haría según lo indicado por la señora Granada con la empresa PSYCH, representada por William Oswaldo Juárez Rentería, en su condición de gerente general.

Ante su interés por el negocio, Almacenes Éxito se comunicó con el procesado el veintisiete de noviembre de dos mil trece y le manifestó su interés por la oferta realizada por la señora Granada. El acusado manifestó que contaba con una oferta aproximada de cuatro mil toneladas de arroz a un precio de cuatrocientos noventa dólares por tonelada FOB-Pita, manifestándole el representante de Almacenes Éxito su interés de adquirir dos mil toneladas de arroz al precio ofrecido por el recurrente, quien representaba a PSYCH, bajo las siguientes condiciones:

- a. En Colombia la importación de arroz se realiza por cuotas y, en aquel momento, se contaba con la autorización para importar el producto solo hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil trece para países pertenecientes a la Comunidad Andina de Naciones.
- b. De acuerdo con lo anterior, la importación debía llegar al Puerto de Buenaventura en el departamento del Valle del Cauca en Colombia, a más tardar el veinte de diciembre de ese año, de tal manera que se puedan realizar los trámites de nacionalización hasta antes del treinta y uno de ese mes y no pagar el arancel. La motonave debía zarpar con el producto el doce de diciembre de dos mil trece.
- c. La empresa PSYCH no es productora de arroz, por lo que en su labor de intermediación debía comprar el arroz a los molinos peruanos y acopiarlo a más tardar los tres y cuatro de diciembre de dos mil trece.
- d. Las partes acordaron que quien haría la intermediación de importación en Colombia sería la sociedad colombiana Molinos Roa S. A. (en adelante Roa), socia comercial de Almacenes Éxito.

e. De conformidad con lo anterior, todas las facturas, documentos de transporte, y demás vinculados a la importación derivada de la negociación entre PUSCH y Almacenes Éxito, se realizaron a través de ROA.

f. ROA sería la sociedad importadora, pero Almacenes Éxito se encargaría de todas las gestiones necesarias para facilitar y colaborar con la importación, entre ellas, por ejemplo, conseguir la naviera que se encargaría de realizar el transporte de la mercadería, razón por la cual Almacenes Éxito tuvo intervención directa y activa en las actividades previas y concomitantes con el proceso de importación que se realizaría.

1.2. Hechos concomitantes

Establecida la pretensión de Almacenes Éxito por la oferta realizada por la empresa PSYCH a la que representa el recurrente, se llegó al siguiente acuerdo:

a. PSYCH entregaría la cantidad de dos mil toneladas de arroz a Almacenes Éxito. La motonave con el producto saldría el doce de diciembre de dos mil trece para llegar al puerto de Buenaventura, en Colombia, el veinte de diciembre del mismo año. El precio pactado fue de cuatrocientos noventa dólares por tonelada FOB-Paita.

b. Almacenes Éxito, a través de su socio comercial ROA, haría un giro por 980 000,00 dólares a favor de la empresa PSYCH, por el valor acordado de las dos mil toneladas de arroz.

El compromiso asumido por Almacenes Éxito se honró. El veintinueve de noviembre de dos mil trece lo transfirió a ROA que, a su vez, el dos de diciembre lo transfirió a favor de PSYCH, a la cuenta número 0011-02670100095532 26 del Banco Continental. Cabe mencionar en este punto que, en un inicio, el acusado solicitó a Almacenes Éxito le deposite el dinero en su cuenta personal, pero debido a que la transacción involucraba a dos empresas, tuvo que aperturar la cuenta a nombre de PSYCH para materializar la transferencia.

Con posterioridad a estos hechos, el cuatro de diciembre de dos mil trece (dos días después de realizado el reembolso), los denunciados recibieron dos comunicaciones, una telefónica y otra vía correo, por parte del acusado y del señor Carlos Rigoberto Nerio Gómez, este último en su condición de gerente general de la sociedad salvadoreña Javandini, socio estratégico del primero, informando que habían recibido el dinero depositado pero que se harían los siguientes cambios:

- El precio de 490,00 dólares por tonelada no era sostenible.
- El nuevo precio requerido por PSYCH era de 750,00 dólares americanos por tonelada, lo cual vulnera cualquier principio de buena fe entre comerciantes.

Por su parte, Juan David López Gutiérrez, en su condición de funcionario de Almacenes Éxito, quien había sido designado para supervisar la operación, informó que PSYCH nunca permitió visitar los molinos para inspeccionar el arroz que iba a ser importado, ni tampoco contaba con el soporte logístico suficiente para cumplir con el plazo de entrega pactado.

Ante esto, Almacenes Éxito le manifestó al acusado su disconformidad por el incumplimiento y le informó la determinación de cancelar la operación, solicitándole la devolución del dinero desembolsado.

El cinco de diciembre de dos mil trece, el acusado, mediante correo electrónico, comunicó a los agraviados pretendiendo justificar el incumplimiento. El once de diciembre, el recurrente se comunicó nuevamente con los agraviados e informó que haría llegar el arroz requerido en el mes de enero de dos mil catorce, esto, contrario a lo pactado, por lo que se rechazó debido a que su expectativa era contar con el producto antes de fines de diciembre de dos mil trece, para nacionalizarla sin inconvenientes.

El veintinueve de enero de dos mil catorce, en esta ciudad, sostuvieron una reunión el acusado William Juárez Rentería, su socio estratégico y

comercial Rigoberto Nerio Gómez, y el representante del Almacenes Éxito, en un intento de justificar la evidente ilicitud del hecho y de la clara y manifiesta voluntad de apropiación de los fondos, expresando lo siguiente:

- El giro realizado a la cuenta 0011-0267-0100095532-26 del BBVA Continental del Perú habría generado, supuestamente, una alerta por lavado de activos.
- La supuesta intención del acusado era devolver el dinero en arroz, a efectos de evitar problemas por delito de lavado de activos.

El cuatro de marzo de dos mil catorce, el procesado remite una carta a ROA pretendiendo justificar su actuación, señalando que esta vez se quedaría con la cantidad de 450 000,00 dólares por daños morales y que entregaría la diferencia en arroz, pero en la última semana de julio de dos mil catorce.

Luego de distintas conversaciones y contactos sostenidos con el acusado y su socio comercial, se logró una reunión entre los mencionados y Jurgen Strobach, en condición de representante de Almacenes Éxito, donde fueron informados de lo siguiente:

- A esa fecha, PSYCH disponía de 880 000,00 dólares y que solo esa cantidad podía ser devuelta en arroz.
- El resto de dinero (100 000,00 dólares), los habrían gastado en pagos a la empresa Javandini; es decir, a su socio estratégico, representado por Carlos Nerio Gómez, y en material para el empaque de arroz.

El seis de marzo de dos mil catorce, al día siguiente de la reunión antes mencionada, se reunieron nuevamente el acusado y Jurgen Strobach, con el siguiente resultado:

D. A. P. A.

- Solo disponía de 600 000,00 dólares americanos y el resto lo había invertido en la compra de arroz.
- Devolvería 500 000,00 dólares americanos valorizados en arroz.
- Exige 335 000,00 dólares americanos como ganancia personal.

1.3. Hechos subsecuentes

Se precisa que a la fecha de la denuncia se perdió todo contacto con el acusado y no se tiene conocimiento del destino que le dio a los 980 000,00 dólares que le depositaron, no obstante haber dispuesto de los mismos, lo cual se acredita con la información bancaria recibida sobre el desembolso a su favor y el manejo que hizo de la cuenta.

Segundo. La imputación jurídica es, en los términos del artículo ciento noventa del Código Penal, cuyo primer párrafo describe 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.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Tercero. Planteó un recurso de casación excepcional (folio 267) e invocó las causales uno y tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, y argumentó lo siguiente:

3.1. Alegó la infracción de las garantías constitucionales:

a. El principio de congruencia, debido a que de la revisión de autos la Fiscalía y el actor civil en ningún momento se opusieron a la posición de la defensa, en el sentido de que se está ante un contrato de compraventa internacional entre Almacenes Éxito S. A., el Grupo ROA de Colombia y la empresa PSYCH, por lo que al haberse incorporado por parte de la Fiscalía la existencia de un contrato de manda o mercantil, sin que haya sido objeto de debate, se afecta el principio de congruencia.

b. Lo anterior vulnera también el principio acusatorio y de imparcialidad, por ser un acto arbitrario y no una posición neutral sobre el caso.

3.2. En cuanto a la indebida interpretación de la ley penal, expuso:

a. La Sala Penal emitió una condena por el delito de apropiación ilícita sin haberse demostrado el elemento objetivo del tipo penal, debido a que no se demostró que el acusado haya tenido la condición de poseedor con obligación de devolución.

b. Entre las empresas involucradas existió un contrato tácito de compraventa internacional, lo cual se acredita con las declaraciones de Santiago Restrepo Sánchez y Miro Bernardo Rebaza Pereda; así como las diversas comunicaciones entre el acusado y el representante de la empresa agraviada.

c. Lo anterior permitió desestimar la acusación primigenia por estafa, y ahora permiten hacer lo mismo con la acusación complementaria por el delito de apropiación ilícita.

Cuarto. Con base en los argumentos de su recurso, propuso como temas para el desarrollo de doctrina jurisprudencial los siguientes:

Se establezca como doctrina si para subsumir o no una conducta al tipo penal previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal se ha de tener en cuenta el aspecto objetivo del delito de apropiación ilícita, cuando exista de por medio una relación contractual internacional, es decir, la relación existente entre el sujeto activo, sujeto pasivo, justo título y su aplicación en el caso concreto.

Se establezca como doctrina que las Sala Superiores no están facultadas para incorporar argumentos no planteados por el impugnante y que no fueron sometidos al contradictorio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

Quinto. Mediante ejecutoria suprema del veintitrés de enero de dos mil dieciocho (folio 39 del cuadernillo formada en esta instancia), se declaró bien concedido el recurso de casación para verificar la correcta interpretación del

delito de apropiación ilícita, descrito en el artículo ciento noventa del Código Procesal Penal, y se recogió como desarrollo de doctrina el siguiente tema:

Si para subsumir o no una conducta al tipo penal previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal se ha de tener en cuenta el aspecto objetivo del delito de apropiación ilícita, cuando exista de por medio una relación contractual internacional, es decir, la relación existente entre el sujeto activo, sujeto pasivo, justo título y su aplicación en el caso concreto.

EL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

Sexto. La construcción legal del delito de apropiación ilícita es la 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.

Séptimo. El delito de apropiación ilícita se caracteriza por ser uno en el que la víctima (sea una persona natural o jurídica) se desprende de su patrimonio (bien mueble, dinero u otro valor) de manera voluntaria, y se configura en los siguientes escenarios:

a. El primero, cuando el sujeto pasivo hace entrega del bien por un periodo de tiempo específico y, transcurrido este, el sujeto activo se niega a devolverlo.

b. La segunda modalidad reclama que el bien objeto de delito tenga un destino distinto al que sujeto activo y pasivo pactaron, es decir, este último lo entrega a un tercero ajeno al acuerdo preestablecido.

c. Por último, la tercera modalidad exige el desprendimiento voluntario para una finalidad específica distinta a la devolución o entrega, es decir, se trata de una modalidad que se caracteriza por la utilidad del bien de una forma o manera que no está pactada.

Octavo. De allí que sea imperioso identificar las circunstancias en las que se procura el desprendimiento patrimonial, es decir, la modalidad y el motivo, de tal manera que se pueda discernir entre un comportamiento típico de naturaleza penal o, eventualmente, de una obligación civil no delictiva.

ANÁLISIS ESPECÍFICO

Noveno. En el análisis específico del asunto a dilucidar corresponde señalar que, en aplicación de la última parte del inciso dos, del artículo cuatrocientos treinta y dos, del Código Procesal Penal, este Tribunal procederá con el análisis jurídico, manteniéndose intangibles las conclusiones fácticas asumidas en la sentencia de vista.

Décimo. Lo primero que corresponde es identificar hechos relevantes asumidos por las sentencias de primera y segunda instancias:

10.1. La sentencia de primera instancia (folio 154), declara como hecho probado que el acusado William Oswaldo Juárez Rentería, en su condición de gerente y propietario de la empresa PSYCH, realizó una transacción comercial con la empresa colombiana Almacenes Éxito a través del socio comercial de este último, empresa Molinos ROA. El trato consistía en la venta de dos mil toneladas de arroz por un valor de 490,00 dólares la tonelada, lo que llevó a depositarle a las cuentas de la empresa PSYCH, específicamente la número 01102680100095532 del Banco Continental, el monto de 980 000,00 dólares americanos, el tres de diciembre de dos mil trece. A este acto sobrevinieron negativas de devolución del acusado debido a que no se habían cumplido los términos de lo pactado, por incremento del valor inicial del precio de la tonelada del producto a 750,00 dólares la tonelada y el vencimiento de los plazos para la llegada del producto a territorio colombiano.

10.2. En la sentencia de vista (folio 255), la Sala Penal de Apelaciones efectúa control sobre el juicio de subsunción normativo, asumiendo que se está ante un contrato mercantil, precisando que se trata de uno de comisión, identificando al recurrente en su condición de gerente de la empresa PSYCH, como comisionista y sobre el cual recaía la compra de dos mil toneladas de arroz para su exportación a Colombia.

Decimoprimer. En el recurso impugnatorio se reclama afectación al principio de congruencia, debido a que como defensa propusieron que el asunto versaba sobre un contrato de compraventa internacional que

involucraba a Almacenes Éxito S. A., su socia comercial Grupo Roa de Colombia y la empresa de su defendido, PSYCH. Declara que la incorporación de una modalidad de contratación mercantil como el contrato de comisión afecta el principio acusatorio y el derecho de defensa. En correlato con esto, sostienen que al tratarse de un contrato de compraventa no se configura el tipo penal de apropiación ilícita, es decir, se trata de un comportamiento atípico.

Decimosegundo. El numeral catorce, del artículo dos, y el artículo sesenta y dos, de la Constitución Política, reconoce el principio de autonomía de la voluntad en materia de contratación, es decir, la facultad de decidir cómo y con quién se contrata, así como la libertad contractual, como potestad de decidir los términos en los que se contrata. Claro está, lo anterior debe sujetarse a parámetros impuestos por la legislación civil.

12.1. En el primer considerando de la presente ejecutoria se reproducen los términos de la acusación, es decir, las propuestas fácticas objeto de proceso. Remitiéndonos al literal c, del numeral 1.1, del acápite "antecedentes", se describe lo siguiente: "c. La empresa PSYCH no es productora de arroz, por lo que en su labor de intermediación debía comprar el arroz a los molinos peruanos y acopiarlo a más tardar los días tres y cuatro de diciembre de dos mil trece".

12.2. La existencia de un trato en los términos planteados tiene sustento probatorio en las comunicaciones que vía correo electrónico mantuvieron Santiago Restrepo Sánchez, en su condición de negociador de la empresa Éxito, y el acusado William Juárez Rentería, en su condición de gerente de PSYCH, pues al remitirnos al contenido de las comunicaciones del cinco de diciembre de dos mil trece, luego de haber cumplido la empresa agraviada con depositar el dinero (folio 89), el acusado le expresa lo siguiente:

En esta ocasión me comunico directamente a raíz de situaciones acontecidas aquí en Piura, junto a las personas involucradas en Colombia; pues siempre he cumplido con transmitir mis preguntas, comentarios, indicaciones por los conductos regulares.

Debo decir que por motivos de inicio de la campaña de arroz, los stocks que me ofrecieron fueron agotados y esto también acompañado con la demora de la llegada del dinero, el arroz fue vendido y contra eso no pude influir.

D. Juárez

La campaña complementaria está empezando y en toda la zona de Chiclayo, Pacasmayo, Bagua, entre otros, se están iniciando cosechas y organizando los procesos de pilado y rastrillado. No se puede cumplir en este momento, sin embargo, hemos buscado una forma de hacerlo, pero lastimosamente no la hay. Incluso se está manejando un precio por encima de los 600,00 dólares por TM.

Yo di mi propuesta y oferta, en su momento se han producido algunas serias discusiones entre todos. **Ustedes me enviaron dinero para hacer esta operación y su única forma era yo comprar con mi empresa su arroz y con mi empresa exportarlo; se me ha calificado de robar este dinero, lo cual es falso (el resaltado es nuestro).**

12.3. Si bien este correo tiene una fecha posterior al depósito del dinero, son los términos empleados por el acusado los que expresan que el acuerdo o trato consistió en recibir los 980 000,00 dólares por parte de la empresa agraviada, con la finalidad de destinarlo a la compra de arroz a través de su empresa. No solo eso, ante los requerimientos para la devolución del dinero, tal como se determinó en las sentencias de mérito, el acusado, pese a manifestar interés de devolución no lo hizo, configurándose la negativa de devolución como elemento del tipo penal.

12.4. El contenido de las manifestaciones de voluntad que fueron recogidas en la acusación no son compatibles con un contrato de compraventa, sino con las de un contrato de comisión, tal como lo determinó la sentencia de vista, en correlato con la descripción de los cargos imputados y que fueron objeto de debate.

A propósito de esto, no es cierto que en la sentencia de primera instancia se haya determinado lo contrario, pues se hace referencia, de manera genérica, a una operación comercial y, en la parte final del numeral 6.5, se precisa que:

El acusado no tenía capacidad en Logística para poder entregar dicha cantidad del producto, es por ello que desde un inicio no permitió que el funcionario enviado por la empresa Éxito, verifique en los molinos la existencia de arroz [...] pues no demostró la existencia de ningún proveedor que le abastezca de arroz.

Es decir, se evidencia con claridad que la empresa del acusado servía de intermediario o comisionista para conseguir el producto.

12.5. Por lo anterior, se rechaza cualquier afectación al principio de congruencia o al derecho de defensa, arribándose a la certeza que se está ante la tercera modalidad de apropiación ilícita (literal c, del séptimo considerando, de la presente ejecutoria), pues el dinero que le fue entregado a la empresa


PSYCH, representada por William Oswaldo Juárez Rentería tenía un destino específico, la adquisición de arroz, lo cual no ejecutó y, sin que ello sea suficiente, se negó a devolverlo.



DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y REPARACIÓN CIVIL

Decimotercero. En cuanto a la pena impuesta, no se configura alguna causal de disminución de punibilidad (tentativa, complicidad secundaria, responsabilidad restringida o alguna otra eximente imperfecta), que viabilice una reducción mayor por debajo del mínimo legal.

En ese contexto, si bien se configura una circunstancia de atenuación como carencia de antecedentes, se presentan circunstancias que agravan el hecho como el haber abusado de su experiencia en comercio exterior y haber hecho mayor la gravedad de su comportamiento, corresponde confirmar la pena impuesta, manteniéndose el carácter de efectividad en su ejecución, debido a que el acusado no ha mostrado interés en resarcir el daño que ocasionó, pese a que manifestó poseer el dinero de la empresa agraviada.



Así, la pena es proporcional, legal y conforme con el principio de culpabilidad.

Decimocuarto. En cuanto a la reparación civil, al no haberse cuestionado los montos impuestos, no amerita mayor pronunciamiento.

JURISTA EDITORES

DECISIÓN

Por estos fundamentos:



I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación por presunta indebida interpretación de la ley penal material, prevista en el numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal; recurso que fue interpuesto por la defensa del procesado William Oswaldo Juárez Rentería, contra la sentencia de vista del diecisiete de octubre de dos mil dieciséis (folio 255), que confirmó la sentencia del diecinueve de julio de dos mil dieciséis (folio 154), que lo condenó como autor del delito contra el patrimonio-apropiación ilícita, en perjuicio Almacenes Éxito y Malinos Roa, cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, la cual deberá ser computada una vez que se

produzca la detención del acusado, procediéndose a descontar el tiempo de carcelería que sufrió por el presente proceso, y un millón de dólares de reparación civil (que comprende la devolución de los novecientos ochenta mil dólares apropiados indebidamente). Con lo demás que al respecto contiene.

II. DISPUSIERON se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial, se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas en esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

QC/parc



SE PUBLICO CONFORME A LEY

D. Almonaci
DANIEL ANTONIO ALMONACIO DE LA CRUZ
Secretario (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

JURISTA
EDITORES



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2280-2012

AYACUCHO

Lima, once de febrero del dos mil catorce.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el imputado Walter Quispe Vilcatoma, contra la sentencia de fojas trescientos ochenta y dos, mediante la cual se confirma la resolución de fecha veintiuno de mayo de dos mil diez, que condenó al acusado como autor del delito de apropiación ilícita, en agravio de Félix Eduardo Huamán Morote, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de dos años y el pago de quinientos nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor del agraviado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. El imputado Walter Quispe Vilcatoma, fundamentó su recurso de nulidad a fojas 398, argumentando que: 1) se ha efectuado una errónea apreciación de los hechos imputados, por cuanto, el imputado no se ha negado a la devolución de los bienes entregados por el agraviado, sino que ante la suscripción de un contrato de préstamo de dinero (mutuo) con garantía inmobiliaria, los bienes le serán devueltos al agraviado cuando éste cumpla con el pago de la suma de dinero que le fue prestada por el acusado.

SEGUNDO: DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA:

2.1. Según la acusación fiscal de fojas 267, se le incrimina al imputado, que el 17 de septiembre de 2008, el agraviado Félix Eduardo Huamán Morote se constituyó al domicilio del acusado a solicitarle un crédito por



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2280-2012

AYACUCHO

la suma de mil ochocientos nuevos soles en la primera ocasión y de trescientos nuevos soles posteriormente, habiendo dejado en garantía del crédito diversos bienes muebles. Siendo que el día quince de diciembre del año dos mil ocho, cuando el agraviado acudió al domicilio del imputado a efectos de cancelar la deuda y recoger sus bienes, éste le habría señalado que dos celulares y una cámara digital le habrían sido sustraídos. No obstante, el agraviado a efectuado varios requerimientos para la devolución de sus bienes, previo pago del crédito, habiéndose mostrado esquivo el imputado con la finalidad de apropiarse de los bienes.

TERCERO: FUNDAMENTOS DE LA DECISION

3.1. El artículo ciento treinta y nueve, inciso diez de la Constitución Política del Perú dispone que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial". Esta exigencia constitucional, importa que para la imputación de responsabilidad penal, debe anteceder a la condena un proceso, en el cual se investigue los hechos imputados, se acopie material probatorio útil, idóneo y pertinente, se efectúe una acusación, se realice un juicio donde se actúen los medios de prueba admitidos y se logré el convencimiento del juez, en grado de certeza, respecto de la ocurrencia de los hechos y la vinculación de estos con el procesado. Al respecto LUIGI FERRAJOLI señala que: "(...) si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad -al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2280-2012

AYACUCHO

haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”¹.

3.2 La garantía antes descrita está vinculada directamente con la de presunción de inocencia prescrita en el artículo dos inciso veinticuatro párrafo “e” de la Constitución. Según la cual, todo ciudadano que es imputado de la comisión de un delito, debe ser considerado inocente hasta que no se declare su responsabilidad penal a través de una sentencia definitiva. Respecto de esta garantía señala B.J. MAIER que: “su contenido, al menos para el derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución.”²

3.3 El delito atribuido esta previsto en el primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, el cual al momento de los hechos, tenía la siguiente redacción: “(...)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”.

¹ FERRAJOLI, Luis, Título original “Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale”, traducción “Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal”, Primera Edición Española, Editora Trotta, 1995, Madrid - España, Pág. 549

² MAIER, JULIO B.J., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I – Fundamentos, Segunda Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 495.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2280-2012

AYACUCHO

3.4. De lo actuado, se puede verificar que se ha acreditado que el agraviado ha realizado la entrega al imputado de los muebles en calidad de garantía inmobiliaria, por el préstamo realizado -por la suma de dos mil cuatrocientos nuevos soles-, de los cuales, solo se habría pagado la suma de seiscientos nuevos soles.

3.5. No se ha logrado acreditar que el agraviado haya pagado la suma restante del crédito otorgado, no habiéndose hecho referencia en ninguna de las sentencias a medio probatorio alguno que acredite el pago efectivo del crédito otorgado, lo cual generaría en el imputado la obligación de devolver los bienes dejados en garantía inmobiliaria, caso contrario, ante el incumplimiento contractual por parte del agraviado, no se genera en el imputado la obligación de devolver los bienes, lo cual convierte la conducta imputada en atípica al carecer de un elemento del tipo penal como es la "obligación de devolver", lo cual no se ha generado ante el incumplimiento del pago.

3.6. La atipicidad de la conducta imputada implica que no existe reproche penal en el comportamiento del procesado, quien deberá ser absuelto de los cargos formulados por el representante del Ministerio Público.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. HABER NULIDAD en la sentencia de fojas trescientos ochenta y dos, mediante la cual se confirma la resolución de fecha veintiuno de mayo de dos mil diez, que condenó a Walter Quispe Vilcatoma como autor del delito de apropiación ilícita, en agravio de Félix Eduardo Huamán



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2280-2012

AYACUCHO

Morote, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de dos años; con lo demás que contiene; y reformándola **ABSOLVIERON** a Walter Quispe Vilcatoma de los cargos formulados en su contra en la acusación fiscal; en consecuencia, **ORDENARON** el archivo definitivo de lo actuado, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; interviniendo el Señor Juez Morales Parraguez por vacaciones de la Señora Juez Barrios Alvarado; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

CEVALLOS VEGAS

CV/paar

09 ENE 2015

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 473-2019/ICA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título: Apropiación ilícita. Depositario

Sentencia 1. El delito de apropiación ilícita, como se sabe, tutela como regla general el derecho de propiedad –el acto apropiatorio ha de tener capacidad de perjudicar patrimonialmente–. Como elementos del tipo delictivo, se tiene: (i) la posesión legítima de un bien ajeno –el objeto material de este delito es una cosa mueble–; (ii) en virtud de un título que obligue a devolver la cosa o darle un destino específico –es el denominado “título posesorio”–; (iii) la realización de un acto apropiatorio –es la confianza traicionada la esencia del hecho–; y, (iv) en el tipo subjetivo, dolo. 2. El encausado entró en posesión legítima de los bienes muebles materia de garantía, dentro de los marcos fijados en los contratos respectivos y conforme a lo preceptuado en el artículo 51 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, 28677. Se está ante un delito especial. 3. Es de resaltar, primero, que él era el titular de la empresa que contrató con Agrobanco –él tenía el control de esa persona jurídica–; segundo, que, como titular –gerente general– de la empresa “Asesoría, Servicios y Corretajes SRL”, firmó las garantías mobiliarias y asumió personalmente el depósito de los bienes gravados –se erigió en depositario de esos bienes y entró en posesión legítima de los mismos–; y, tercero, que voluntariamente asumió la obligación de custodiarlos y entregarlos inmediatamente al Banco (artículo 50 de la Ley 28677). 4. Tratándose de una decisión de mero derecho, de suerte que el recurso no envolvió el examen de los hechos –estos se determinaron en dos instancias, con lo que se cumplió el doble examen de los mismos (doble grado de jurisdicción)–, y como la sentencia de vista no alteró los mismos, solo los configuró jurídicamente desde una perspectiva distinta –y errónea–, corresponde dictar una sentencia rescisoria y confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia. Esta posibilidad no es ilegal, pues no vulnera el artículo 433, apartado 1 del Código Procesal Penal ni la doctrina procesalista sobre la materia; además, es conforme con la doctrina sentada, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, por la sentencia Sainz Casla contra España, de veintidós de octubre de dos mil trece; y, por la doctrina legal del Tribunal Supremo de España (por ejemplo, 865/2015, de catorce de enero).

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, once de noviembre de dos mil veinte

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por infracción de precepto material interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR DE CHINCHA y la defensa del actor civil, BANCO AGROPECUARIO, contra la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y cuatro, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, en cuanto por mayoría revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta, de cinco de julio de dos mil dieciocho, absolvió a Fernando Bernardo Roca Rey Müller de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de apropiación ilícita en agravio del Banco Agropecuario; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el fiscal provincial penal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chincha por requerimiento de fojas una, de uno de octubre de dos mil quince, formuló acusación contra FERNANDO BERNARDO ROCA REY MÜLLER por delito de apropiación ilícita (artículo 190, primer párrafo, del Código Penal) en agravio del Banco Agropecuario.

∞ El Primer Juzgado Unipersonal de Chincha, de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante auto de fojas cincuenta y cuatro, de veintinueve de enero de dos mil dieciocho, dictó el auto de citación a juicio oral correspondiente.

∞ El citado Juzgado Penal Colegiado, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha cinco de julio de dos mil dieciocho, dictó la respectiva sentencia, por la que condenó a FERNANDO BERNARDO ROCA REY MÜLLER como autor del delito de apropiación ilícita en agravio del Banco Agropecuario a dos años suspendido en su ejecución por el periodo de prueba de un año y fijó en diez mil soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada; con costas.

SEGUNDO. Que, interpuesto recurso de apelación por la defensa de Fernando Bernardo Roca Rey Müller [fojas ciento ochenta y cuatro, de diez de julio de dos mil dieciocho] –puntualizó que si bien fue designado como depositario no recibió físicamente los bienes, que no realizó actos de disposición sobre los bienes, que están garantizadas las obligaciones con Agrobanco, que se debe disminuir la reparación civil y que tuvo razones atendibles para litigar–, la Sala Penal de Apelaciones de Chincha y Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, previo procedimiento impugnativo, emitió la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y cuatro, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, que en cuanto revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta, de cinco de julio de dos mil dieciocho, absolvió a FERNANDO BERNARDO ROCA REY MÜLLER de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de apropiación ilícita en agravio del Banco Agropecuario.

TERCERO. Que, según la acusación fiscal de fojas una, se tiene lo siguiente:

A. El Banco Agropecuario del Perú otorgó al imputado Fernando Bernardo Roca Rey Müller una línea de crédito para impulsar la actividad económica a la empresa que dirigía por la suma de ocho millones ochocientos setenta y ocho mil doscientos treinta y un soles con cincuenta un céntimos. El citado encausado, como garantía de los préstamos de dinero que realizó, constituyó garantías mobiliarias a favor de Agrobanco, las cuales fueron otorgadas mediante diez escrituras públicas ante notario público. Estas son las siguientes:



1. Escritura número cero cero diez doce, de dos de junio de dos mil once, mediante la cual la empresa “Asesoría, Servicios y Corretajes SRL” constituyó como garantía mobiliaria a favor de Agrobanco, dos mil ciento sesenta y seis quintales de algodón rama, fibra de algodón, hilados u otros, así como de todos los que con posterioridad se produzcan o los que se deriven de su transformación, respecto de los cuales el acusado se constituyó como depositario.
 2. Escritura pública número cero cero diez once, de dos de junio de dos mil once, en los mismos términos y por dos mil ciento sesenta y seis quintales.
 3. Escritura pública número cero cero diez diez, de dos de junio de dos mil once, en iguales términos e igual cantidad.
 4. Escritura pública número cero cero diez cero nueve, de dos de junio de dos mil once, en el mismo sentido.
 5. Escritura pública número cero cero diez ochenta y uno, de once de junio de dos mil once, de la misma forma.
 6. Escritura pública número cero cero diez ochenta y dos, de once de junio de dos mil once, en iguales términos.
 7. Escritura pública número cero ero once cero cero, de catorce de junio de dos mil once, de la misma forma, pero por cinco mil ochocientos ochenta y ocho quintales.
 8. Escritura pública número cero cero once setenta y uno, de catorce de junio de dos mil once, en los mismos términos pero por cinco mil quinientos sesenta quintales.
 9. Escritura pública número cero cero catorce doce, de veinticinco de junio de dos mil once, de la misma forma, pero por cinco mil quintales.
 10. Escritura pública número cero cero veintitrés sesenta y tres, de siete de diciembre de dos mil once, en iguales términos, pero por cuatro mil trescientos treinta y dos quintales.
- B.** El monto total de la garantía mobiliaria ascendía a treinta y tres mil ciento diez quintales de algodón. En todas las escrituras públicas se constituyó como depositario el encausado Fernando Bernardo Roca Rey Müller, gerente general de la empresa “Asesoría, Servicios y Corretajes SRL”, quién suscribió las mismas en pleno uso de sus facultades y conocimiento de todas las obligaciones inherentes a su calidad de depositario, así como en el entendimiento de las responsabilidades civiles y penales asumidas, a la vez que se comprometió a entregar a Agrobanco los bienes depositados, luego de cuarenta y ocho horas del requerimiento correspondiente. Se trató de bienes futuros, pero tal tipo de garantía estaba autorizada legalmente (artículo 4 de la Ley 28677).
- C.** Es del caso que el Banco agraviado el día diecisiete de enero de dos mil doce tomó conocimiento que, sin previa información al mismo, mil ochocientos dieciocho fardos de algodón Tangüis, equivalente a once mil doscientos

punto noventa y dos quintales de fibra, fueron retirados del almacén ubicado en la carretera panamericana sur, kilómetro doscientos cuatro punto cincuenta, por lo que, mediante tres cartas notariales, requirió al imputado la entrega de dichos bienes, sobre la base del incumplimiento de la garantía mobiliaria, que disponía que los bienes dados en garantía no podían ser trasladados del lugar en que se encontraban sin contar con la autorización de la entidad financiera. El Banco exigió que la empresa “Asesoría, Servicios y Corretajes SRL”, de titularidad del acusado Roca Rey Müller, ponga a su disposición los bienes dados en garantía mobiliaria, esto es, los treinta y tres mil ciento diez quintales de algodón en rama, fibra de algodón hilados y otros. El imputado no dio respuesta al requerimiento del Banco.

D. Ante ello, posteriormente, mediante la carta notarial de veinticuatro de setiembre de dos mil trece, el encausado Roca Rey Müller comunicó a Agrobanco que, por motivos de salud, dejó de ser depositario de los bienes desde el quince de agosto de dos mil doce, así como que había tomado la decisión de iniciar las acciones judiciales para recuperar las garantías depositarias.

CUARTO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso de casación formalizado de fojas trescientos veintiuno, de veintisiete de noviembre de dos mil dieciocho, como *causa petendi* (*causa de pedir*) invocó el artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal: **infracción de precepto material**.

∞ Postuló el acceso excepcional a la casación amparándose en el artículo 427, inciso 4, del Código Procesal Penal.

∞ Argumentó, en vía excepcional, que era menester dilucidar jurisprudencialmente el carácter de un depositario en relación con el delito de apropiación ilícita, la relación entre persona jurídica y representante de la misma a estos efectos, y la importancia de la entrega ficta o jurídica de los bienes en depósito.

∞ Por su parte, el actor civil, Banco Agropecuario, en su recurso de casación formalizado de fojas trescientos ocho, de veintitrés de noviembre de dos mil dieciocho, como *causa petendi* (*causa de pedir*) citó el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal: **vulneración de la garantía de motivación**.

∞ Solicitó el acceso excepcional a la casación amparándose en el artículo 427, inciso 4, del Código Procesal Penal.

∞ Expuso, en vía excepcional, que el Tribunal Superior argumentó que el imputado al momento que suscribió las garantías no se le hizo entrega física de ningún quintal de algodón, pues lo determinante es la *traditio* de la cosa que requiere un acta de entrega específica; que este razonamiento es ilógico al asumir una interpretación restringida del tipo penal de apropiación ilícita, y sin atender a la ley de garantía mobiliaria.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas ochenta y cinco, de

veintidós de noviembre de dos mil diecinueve, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso formulado por el señor Fiscal Superior de Chincha y la defensa del actor civil, Banco Agropecuario, por el motivo de **infracción de precepto material**.

∞ En el presente caso, se cuestiona una determinada interpretación del tipo penal de apropiación ilícita: si el elemento objetivo de entrega del bien al sujeto activo se ha producido, en los marcos de un contrato mercantil y de las normas específicas sobre la materia. El Tribunal Superior concordó con la *ratio* de la sentencia de primera instancia, pero estimó la posible tipificación de los hechos en otros tipos delictivos. El punto está vinculado al *ius constitutionis* y al correcto entendimiento de un delito de especial trascendencia en el control de la criminalidad patrimonial y el mundo de los negocios. Es de rigor asumir competencia casacional y fijar los alcances del tipo delictivo en cuestión.

∞ La causal de casación que compete es la de **infracción de precepto material**, esto es, la dilucidación de los alcances de un tipo penal: interpretación y ulterior aplicación.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día cuatro de noviembre del presente año, la Fiscalía Suprema en la fecha presentó su requerimiento escrito sosteniendo el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Superior. La audiencia se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Adjunta Suprema, doctora Gianina Rosa Tapia Vivas, y la defensa del actor civil AGROBANCO, doctor Robinson Alex Santa Cruz Ambrosio, así como de la defensa del encausado Roca Rey Müller, doctor Salas Colina cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan en la audiencia de la lectura de la sentencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, como se trata de una **casación material** o **sustantiva**, es de entender que los hechos declarados probados en las sentencias de mérito no pueden cuestionarse. Al respecto, el artículo 432, apartado 2, del Código Procesal Penal, establece que el Tribunal Supremo está sujeto de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia.

∞ Así las cosas, la empresa dirigida por el imputado Roca Rey Müller, de la que era gerente general, solicitó una línea de crédito a AGROBANCO y, como consecuencia del mismo, se constituyeron garantías mobiliarias, referidas a algodón rama, fibra de algodón, hilado y otros, a la vez que él, como persona natural, se constituyó en depositario de dichos bienes muebles, a custodiarlos,

mantenerlos y, en su caso, entregarlos a AGROBANCO ante su simple requerimiento. Es claro, además, que se dispuso de los bienes garantizados y, ante el requerimiento de AGROBANCO, no se los entregó.

∞ Ha señalado correctamente el Tribunal Superior que el imputado se erigió en depositario de los bienes en cuestión y, por tanto, estuvo en posesión legítima de los mismos. Él fue quien suscribió las escrituras públicas correspondientes y la empresa que dirigía recibió la línea de crédito correspondiente. Los bienes no fueron entregados y, por tanto, desaparecieron en perjuicio de AGROBANCO.

SEGUNDO. Que el delito de apropiación ilícita, como se sabe, tutela como regla general el derecho de propiedad –el acto apropiatorio ha de tener capacidad de perjudicar patrimonialmente–. Como elementos del tipo delictivo, se tiene: (i) la posesión legítima de un bien ajeno –el objeto material de este delito es una cosa mueble–; (ii) en virtud de un título que obligue a devolver la cosa o darle un destino específico –es el denominado “título posesorio”–; (iii) la realización de un acto apropiatorio –es la confianza traicionada la esencia del hecho–; y, (iv) en el tipo subjetivo, dolo [PASTOR MUÑOZ, NURIA: *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial* (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA: Director), Editorial Atelier, Barcelona, 2019, pp. 275-276].

TERCERO. Que, en el presente caso, el encausado Roca Rey Müller entró en posesión legítima de los bienes muebles materia de garantía, dentro de los marcos fijados en los contratos respectivos y conforme a lo preceptuado en el artículo 51 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, 28677, de uno de marzo de 2006 –esta Ley, con posterioridad a los hechos *sub-judice*, fue reemplazada por el Decreto Legislativo 1400, de diez de septiembre de dos mil dieciocho–. Se está, en consecuencia, ante un delito especial.

∞ Es de resaltar, primero, que el encausado Roca Rey Müller era el titular de la empresa que contrató con Agrobanco –él tenía el control de esa persona jurídica–. Segundo, que el referido encausado Roca Rey Müller, como titular –gerente general– de la empresa “Asesoría, Servicios y Corretajes SRL”, firmó las garantías mobiliarias y asumió personalmente el depósito de los bienes gravados –se erigió en depositario de esos bienes y entró en posesión legítima de los mismos–. Tercero, que él voluntariamente asumió la obligación de custodiarlos y entregarlos inmediatamente al Banco (artículo 50 de la Ley 28677). El citado artículo 50 estatuyó: “En la garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley, el poseedor del bien mueble afectado en garantía es responsable civil y penalmente, con la calidad de depositario, de la custodia y entrega inmediata del bien mueble a quien corresponda”.

∞ Cabe insistir que los bienes llegaron a su poder en virtud de una relación de confianza que se quebrantó al realizar la conducta típica de apropiación ilícita.

CUARTO. Que, sin duda, el imputado accedió a los bienes bajo el título de depositario y, por tanto, en virtud de la garantía mobiliaria y de la ley de la materia estaba obligado a custodiarlos y entregarlos a quien correspondía; esto es, al Banco Agropecuario –tenía la obligación de devolver los bienes muebles a la entidad financiera AGROBANCO–.

∞ Los bienes muebles afectados desaparecieron incluso para la propia empresa que dirigía –señaló la sentencia de primera instancia que el imputado por cartas notariales comunicó a AGROBANCO que vendió los bienes afectados–. Luego, se produjo de su parte un acto doloso de apropiación definitiva. Los bienes estaban gravados a favor de la entidad financiera y, desde la legislación de la materia, era aquélla frente a quien se comprometió el imputado a custodiar y entregar el bien gravado.

QUINTO. Que es de tener presente que los bienes bajo la custodia del encausado Roca Rey Müller eran de propiedad de la empresa que dirigía: “Asesoría, Servicios y Corretajes SRL”. La organización defectuosa de esta persona jurídica dio pie a que quien la administraba dispusiera definitivamente de esos bienes vendiéndolos a terceros. Esta lógica defraudadora [vid.: GARCÍA VALDEZ, CARLOS y otros: *Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 135] evidentemente perjudicó patrimonialmente a AGROBANCO, pues era la entidad a favor de quien se gravaron los bienes distraídos por el imputado y a la que debía devolverlos en resguardo de su derecho de crédito.

∞ No obstante que los bienes pertenecían a la empresa “Asesoría, Servicios y Corretajes SRL”, estaban gravados a favor de AGROBANCO y sujetos al régimen jurídico normado por la Ley 28677. La conducta perpetrada importó un acto de apropiación ilícita de los bienes en cuestión; y, más allá de otra consideración, AGROBANCO se erige incluso como sujeto del perjuicio patrimonial y es titular del derecho de crédito.

∞ Es inaceptable que estas conductas, bajo argumentos formalistas, sin consistencia con la realidad mercantil y lo realmente sucedido, puedan estimarse inocuas desde el Derecho penal, pese a cumplirse con todos los elementos típicos del delito de apropiación ilícita.

SEXTO. Que, por tanto, se interpretó incorrectamente los alcances típicos del delito de apropiación indebida, por lo que debe ampararse los dos recursos de casación interpuestos por las partes acusadoras.

∞ Tratándose de una decisión de mero derecho, de suerte que el recurso no envolvió el examen de los hechos –estos se determinaron en dos instancia, con lo que se cumplió el doble examen de los mismos (doble grado de jurisdicción)–, y como la sentencia de vista no alteró los mismos, solo los configuró jurídicamente desde una perspectiva distinta –y errónea–, corresponde dictar una sentencia rescisoria y confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia. Esta posibilidad no es ilegal pues no vulnera el artículo 433, apartado

I del Código Procesal Penal ni la doctrina procesalista sobre la materia; además, es conforme con la doctrina sentada, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, por la sentencia Sainz Casla contra España, de veintidós de octubre de dos mil trece; y, por la doctrina legal del Tribunal Supremo de España (por ejemplo, STSE 865/2015, de catorce de enero).

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** los recursos de casación por infracción de precepto material interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR DE CHINCHA y la defensa del actor civil, BANCO AGROPECUARIO –AGROBANCO–, contra la sentencia de vista de fojas doscientos ochenta y cuatro, de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, en cuanto por mayoría revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta, de cinco de julio de dos mil dieciocho, absolvió a Fernando Bernardo Roca Rey Müller de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de apropiación ilícita en agravio del BANCO AGROPECUARIO –AGROBANCO; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, CASARON la sentencia de segunda instancia. **II. Actuando como instancia: CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta, de cinco de julio de dos mil dieciocho, que condenó a FERNANDO BERNARDO ROCA REY MÜLLER como autor del delito de apropiación ilícita en agravio del BANCO AGROPECUARIO –AGROBANCO a dos años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, y al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. **III. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior de Origen para que por ante el órgano jurisdiccional competente se inicie la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **IV. ORDENARON** se lea la sentencia en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial; notificándose y registrándose. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CSMC/AST

Lima, cinco de marzo de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia de fojas ochocientos noventa y tres, del veintidós de diciembre de dos mil once; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO: Primero: Que, el señor Fiscal Superior en su recurso fundamentado a fojas novecientos cinco, alega que: **i)** el encausado Manuel Martel Calderón, en su calidad de depositario judicial, hizo caso omiso al requerimiento judicial efectuado por el Cuarto Juzgado Civil del Callao, a fin de que entregue los bienes embargados; **ii)** el hecho que con posterioridad al requerimiento efectuado por la autoridad judicial hayan llegado las partes a una transacción, no es óbice para que no se configure el ilícito denunciado; **iii)** el encausado Martel Calderón en todo momento manifestó que no podía entregar los bienes embargados porque éstos estaban prendados a favor del Banco Interbank, sin embargo, de la carta remitida por la entidad bancaria se informa que la empresa Fundación Metales El Sol del Perú S.A, fue la que constituyó la prenda global a favor de aquellos y por ello se nombró como depositario al encausado antes citado. **Segundo:** Que, conforme la acusación escrita de fojas setecientos sesenta y cinco, se tiene que a mérito del proceso de indemnización seguido por Maximiliano Calderón Juárez contra la empresa de Servicios Manufactureros Sol del Perú S.A.C., se efectuó el embargo en forma de depósito sobre los bienes muebles y enseres de la demandada, concretizándose el veinticinco de marzo de dos mil cuatro, nombrándose como depositario judicial al encausado Manuel Marcelo Martel Calderón; posteriormente, mediante

resoluciones por el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, nombró como nuevo depositario judicial a Jorge Alberto Pedrozo Estrada, requiriéndosele al encausado Martel Calderón, en diversas oportunidades bajo el apercibimiento de ser denunciado penalmente, devuelva los bienes en custodia, haciendo caso omiso al requerimiento.

Tercero: Que, la excepción de naturaleza de acción no alega el problema de la falta de un presupuesto procesal o de un requisito procesal, ni se refiere a la válida constitución de la relación jurídico procesal; de ahí que no haya sido clasificada como excepción procesal auténtica, puesto que, *aquella procede cuando el hecho denunciado ño constituye delito, y, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente*; la oposición realizada a través de esta excepción procesal constituye en rigor una mera defensa de fondo constitutiva de una causal privilegiada de sobreseimiento anticipado de la causa (*SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Tomo II, segunda edición, primera reimpresión, dos mil seis, página trescientos ochenta y cuatro*), por ello, y raíz de una urgente nueva medida de extinción del ejercicio de la acción penal ante supuestos de atipicidad y falta de punibilidad se hizo necesario positivizar la excepción de naturaleza de acción a través del Decreto Legislativo número ciento veintiséis, publicado el quince de junio de mil novecientos ochenta y uno, incorporándola en el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales (*nuestro Tribunal Supremo, a través de la jurisprudencia, suplía la falta de tipificación de dicha excepción, ubicándola en la excepción de naturaleza de juicio. GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. Tipografía Sesator, Lima, séptima edición, mil novecientos ochenta y dos, página treinta y seis; CATAORA GONZÁLES, Manuel. Derecho Procesal Penal, Cultural Cuzco Sociedad Anónima editores, Lima, mil novecientos noventa, página ciento sesenta y cuatro*). **Cuarto:** Que, el primer supuesto de ésta excepción comprende todas aquellas situaciones que descartan la

atipicidad penal del hecho objeto de imputación, considerándose necesario para esta excepción un análisis de los elementos que conforman la estructura de la tipicidad, estos son, la determinación del sujeto activo y pasivo, la tipicidad objetiva que comprende a la imputación objetiva, a la conducta y al resultado y por último la tipicidad subjetiva, que comprende al dolo, la culpa y/u otros elementos de trascendencia interna; de otro lado, el segundo supuesto se corresponde con la no justiciabilidad penal del hecho, estrictamente, con supuestos vinculados a punibilidad o penalidad, comprendiéndose, para un sector, a las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias; además, es necesario precisar que, si bien, se alega una defensa de fondo, sin embargo, los argumentos que puedan esgrimirse tienen límites ya establecidos en la dogmática y jurisprudencia, al respecto, no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la imputación personal o culpabilidad, pues ello implica determinar la responsabilidad de una persona, lo que sólo puede ser dilucidado a través de un juicio propio del fondo del asunto que necesitaría una actividad probatoria específica imposible de llevar a cabo en vía incidental. **Quinto:** Que, según la doctrina generalizada en el delito de apropiación ilícita, hay que distinguir dos momentos: uno consistente en la transmisión legítima de la posesión de la cosa con título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y otro de apropiación antijurídica por parte del poseedor legítimo, acaeciendo la infracción penal en este segundo momento; en el caso de autos, se advierte que se trata de bienes que no fueron entregados por título que produzca obligación de entregar o devolver, sino más bien de retención de bienes con el único propósito de resolver el posible incumplimiento de pago en el proceso de indemnización que se le seguía al encausado

en la vía civil, respecto a lo cual las partes han arribado a un acuerdo sobre cancelación de la pretensión indemnizatoria, de lo que se infiere que el encausado no hizo la cosa suya, es decir, no se comportó como si fuera dueño, disponiendo de ella en calidad de propietario, sino que retuvo los bienes de propiedad de su empresa con la finalidad de evitar perjuicio a su representada, ya que la tenía prendada a una entidad bancaria, por ello, nos encontrábamos ante falta de tipicidad objetiva, ya que no se verifica una conducta de apropiación en sentido estricto, infiriéndose que no concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el artículo ciento noventa del Código Penal. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos noventa y tres, del veintidós de diciembre de dos mil once, que declaró fundada de oficio la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal seguido contra el encausado Manuel Marcelo Martel Calderón por el delito contra el patrimonio, en la modalidad de apropiación ilícita, en agravio de Jorge Alberto Pedrozo Estrada; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por goce vacacional de la señora Juez Supremo Barrios Alvarado; y el señor Juez Supremo Neyra Flores por licencia del señor Juez Supremo Salas Arenas.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

JPP/laay

12 6 ABR 2013

4

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA