

JURISPRUDENCIA COMENTADA

EN MATERIA CIVIL

Invalidez de Contrato de Transferencia de un Automóvil.

Sentencia de Primera Instancia

Res. Número cuarentidós

Lima, veinticinco de julio de mil novecientos setenta y dos.-

VISTOS; con el cuaderno de embargo y la tercera seguida por ante el Undécimo Juzgado en lo Civil, Secretario don Melquiades Vásquez, por don Manuel Gregorio Sánchez con Jorge Miranda Espejo y don Víctor Raúl Flores, que se devolverá; resulta de autos: Que por recurso de fojas tres don Víctor Raúl Flores Espinoza interpone demanda alterantiva contra don Manuel Gregorio Sánchez Días, para que cumpla con hacerle la transferencia de propiedad del automóvil, Chevrolet, tipo Biscayne, de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro o le pague la suma de ciento cincuenta mil doscientos cincuenta soles oro, más sus intereses legales, expresando como fundamento de sus acciones alternativas que él suscribió con el demandado, el veinticinco de octubre de mil novecientos sesentiséis, un contrato para importar el indicado automóvil, aprovechando la circunstancia de que don Manuel Gregorio Sánchez Días, era chofer profesional, procediendo a habilitarle la suma de treinta mil soles oro para la cancelación de la cuota inicial y otros gastos, aceptando el demandado por el saldo del precio letras de cambio por soles oro tres mil trescientos cincuenticuatro con diecisiete centavos cada una, que el actor íntegramente ha cubierto; que igualmente se pactó en el referido contrato que transcurridos tres años el demandado le haría transferencia del mencionado vehículo, sin tenerse que abonar ninguna suma adicional, habiéndolo el demandado extendido el correspondiente documento firmado en blanco; y que no obstante haber sido así el contrato, sostiene el actor que el demandado aprovechándose de la circunstancia de que el automóvil y la tarjeta de propiedad se hallan en su nombre, se niega a otorgarle la transferencia que reclama, por lo que acciona para que cumpla con tal obligación o en su defecto le devuelva lo pagado, invocando los artículos mil ciento cuarentinueve y mil doscientos treintitrés inciso primero del Código Civil; que corrido traslado de la demanda, denegada la excepción dilatoria planteada, por decreto de fojas diecisiete se dió por contestada la demanda en rebeldía del demandado, quien se apersonó a fojas veinte expresando por su parte que los extremos de la demanda eran infundados, pues se había celebrado entre él y el demandante un mutuo, cuyos intereses y amortizaciones se cubrirían con la explotación del automóvil; y que el acuerdo suscrito para que se hiciera transferencia de su propiedad vencidos los tres años de importado era nulo ipso jure con arreglo al artículo siete

del Decreto Supremo de tres de enero de mil novecientos sesenticuatro; y en cuanto al segundo extremo de la demanda sostuvo el demandado que correspondía deducir las entregas que había estado haciendo desde que se adquirió el vehículo en cuestión por doscientos setenta soles diarios y trescientos veinte soles por domingos y feriados; que abierta la causa a prueba, actuada la ofrecida, después de cumplidos los demás trámites propios a la naturaleza del juicio, ha llegado la oportunidad de pronunciar sentencia; **Y CONSIDERANDO:** Que con el contrato de fojas quince y asimismo del que corre a fojas cincuentiocho de los autos acompañados sobre tercería, se tiene establecida la aserción del actor en el sentido de que con el demandado concertó el internamiento del automóvil Chevrolet, tipo Sedán año mil novecientos sesentisiete, de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro, habiéndole habilitado la cuota inicial (cláusula tercera) y comprometido a abonar el saldo pendiente por el que aceptó el demandado letras de cambio (cláusula décima), pactando demandante y demandado que el vehículo pertenecía a don Víctor Raúl Flores Espinoza, quien igualmente ha probado con los documentos de fojas veintiséis a fojas cincuentisiete y fojas ciento treintisiete a ciento cuarentiséis de los indicados autos, que como se obligó también cubrió la totalidad del precio que correspondió a la operación de compra-venta que se hizo en nombre del demandado con la firma Ventas S.A., según los términos del contrato de fojas sesenticinco sobre el mismo vehículo; que las fotocopias del cuaderno de embargo de los glosados documentos, así como la confesión del demandado de fojas cincuentiuno prueban que, como se señala en la demanda, no hubo entre las partes mutuo, sino un acuerdo que debe concluir con la transferencia formal que el demandado debe hacer del automóvil Chevrolet de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro, a la persona del actor, por haber sido este quien pagó su precio; que la presentación de las letras que suscribió el demandado por el saldo del precio y los recibos fotocopios de fojas treintinueve a cincuenta, cuyos originales obran en la tercería, ponen de manifiesto que el demandante cubrió ese saldo; que el contrato de fojas quince, reconocido a fojas dieciocho de los indicados autos, no adolece de nulidad porque la transferencia en favor de persona que no ostenta la condición de chofer profesional, caso del actor, se ha producido con sujeción al primitivo pacto después de los tres años de internado el vehículo, siendo por razón de tratarse de un documento de garantía del cumplimiento de esta obligación válido el hecho de que el demandante hubiese obtenido por adelantado con suscripción del demandado y, sin fecha cierta el formulario de fojas cincuentiocho, en cuya virtud deviene sin fundamento legal la impugnación expresada como argumento de defensa a fojas veinte por el demandado; que la confesión del demandante de fojas veintitrés ni la delcaración de fojas cincuentitrés alteran el mérito de las estimaciones precedentes, deviniendo por lo mismo que es atendible el primer extremo de la demanda, sin lugar la pretensión de pago de ese precio del automóvil memorado, pues esta acción se plantó sólo alternativamente en defecto de que la primera fuese denegada, por cuyas consideraciones y siendo de aplicación los artículos mil ciento ochentidós y mil trescientos veintiocho del Código Civil; **FALLO:** Declarando infundada la impugnación de los contratos a que se refiere el primer otrosí del recurso de fojas veinte y fundado el primer extremo de la demanda de fojas tres interpuesta por don Víctor Raúl Flores Espinoza, debiendo en consecuencia don Manuel Gregorio Sánchez Drás efectuar en su favor y ante la Dirección de Circulación y Seguridad Vial la

transferencia del automóvil Chevrolet, tipo Sedán, año mil novecientos sesentiséis, modelo Biscayne, de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro, motor número cuarenticinco mil trescientos ochenticinco; y sin lugar por carecer de objeto el extremo de pago del precio del mismo vehículo; con costas.

Sentencia de Vista

Lima, octubre veinticuatro de mil novecientos setentidos.

VISTOS; dado cuenta por el Señor Vocal ponente doctor Gadea; con los acompañados que se devolverán en el día y el cuaderno de embargo pedido; y **CONSIDERANDO:** Que el Juez en la sentencia recurrida no examina en forma exhaustiva los fundamentos y pruebas de la acción alternativa sobre pago por enriquecimiento indebido basada en el artículo mil ciento cuarentinueve del Código Civil, la cual, inclusive, declara sin objeto, lo cual impide la revisión que supone tanto la posibilidad de confirmar el fallo como la de revocarlo, incurriéndose, así, en la causal de nulidad que prevé el inciso décimo del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles: **DECLARARON NULA** la sentencia apelada de fojas ochentiuno, su fecha veinticinco de julio último, que declara fundada en parte la demanda, con lo demás que contiene; **MANDARON** que el Juez pronuncie nuevo fallo declarando fundada o infundada cada una de las acciones alternativamente acumuladas en la demanda; **LLAMARON LA ATENCION** del Juez por el tiempo que han permanecido en su Juzgado los pedidos para mejor resolver fuera del Juzgado de origen; y los devolvieron.-

Resolución Suprema

Lima, diez de enero de mil novecientos setentitrés.-

Vistos; y **Considerando:** que de conformidad con lo previsto en el artículo doscientos cuarentisiete del Código de Procedimientos Civiles, se han planteado en la demanda de fojas tres dos acciones que por ser incompatibles se han hecho valer en forma alternativa; que el Juez al amparar una de las pretensiones no tiene que pronunciarse sobre la otra por carecer de objeto; que por tanto no se ha incurrido en causal de nulidad: declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento uno, su fecha veinticuatro de octubre del año próximo pasado; mandaron, en consecuencia, que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución confirmando o revocando la apelada; en los seguidos por don Víctor Raúl Flores Espinoza con don Manuel Gregorio Sánchez Días, sobre pago de soles y otro concepto; y los devolvieron.-

Sentencia de Vista

Lima, dieciseis de abril de mil novecientos setentitres.

VISTOS; dado cuenta por el Señor Vocal ponente doctor Gadea; con los acompañados; y **CONSIDERANDO:** Que la sentencia de fojas doscientos cinco del acompañado sobre tercería que declara infundada la demanda de don Manuel Gregorio Sánchez, no puede ser ameritada porque se halla en grado de apelación; que del tenor de la presente demanda y de las cláusulas del contrato que en copia corre a fojas una y siguientes del cuaderno de embargo se desprende la improcedencia de la acción sobre obligación de hacer porque, en ese contrato, se acordó "a priori" una transferencia que, propiamente, es una declaración de verdadero comprador que infringe el

Decreto Supremo de tres de enero de mil novecientos sesenticuatro, puesto que, mediante aquel contrato, el actor resulta adquiriendo, sin reunir las condiciones de ley, un vehículo liberado de impuestos; que, en tal virtud, el hecho de que se pactara la transferencia para después de tres años mediante un documento sin fecha que corre a fojas treinta en nada convalida ni bonifica un contrato que, notoriamente, es nulo por la ilicitud de su objeto así como también lo es el documento de transferencia precitado de fojas treinta (artículos mil ciento veintitres, inciso segundo mil ciento veinticuatro, segundo párrafo, y artículo mil novecicinco del Código Civil); que las confesiones de fojas ventidos y treintiocho prueban que el demandante entregaba el dinero al **demandado** para el pago de las letras del automóvil, y la testimonial de fojas cincuentitres acredita que el testigo chofer que da razón de su dicho, entregó treintitres libras al demandante por cincuenta días de explotación del automóvil lo cual suma dieciseis mil quinientos soles; que no hay más prueba de sumas percibidas por el demandante en dicho concepto; que el hecho de que el demandante hubiera sido el proveedor de todo el dinero para pagar el vehículo, sólo le da calidad de dueño de un crédito a cargo del demandado, a mérito de lo dispuesto en el artículo mil ciento cuarentinueve del Código Civil; que la nulidad de los contratos de fojas una del cuaderno de embargo y fojas treinta del presente, planteada a fojas veinte por el demandado puede declararse en el presente juicio puesto que a tenor de lo dispuesto en el artículo mil ciento veinticuatro del Código Civil cabe que se declare inclusive de oficio por resultar manifiesta; que así también lo permite el artículo cuatrocientos cuatro del Código de Procedimientos Civiles; que, por consiguiente, sólo procede la acción alternativa fundada en el enriquecimiento sin causa y el pago de intereses desde la citación con la demanda (artículos mil trescientos veinticuatro y mil trescientos veinticinco del Código Civil), resultando fundada la nulidad deducida en el segundo otrosí del escrito del demandado de fojas veinte; que del monto de los ciento cincuentiún mil doscientos cincuenta soles que el demandado debe devolver al demandante hay que descontar los dieciseis mil quinientos soles que el actor ha percibido al explotar el vehículo como propio según queda determinado en considerandos precedentes; o sea que corresponde al demandante reembolsar al demandado la suma de ciento treinticuatro mil setecientos cincuenta que se deducen del monto del precio del vehículo; por estos fundamentos: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ochentiuno, su fecha veinticinco de julio del año próximo pasado, que declara infundada la impugnación de los documentos a que se refiere el primer y segundo otrosíes del escrito del demandado corriente a fojas veinte; fundado el primer extremo de la demanda de fojas tres interpuesta por don Víctor Raúl Flores Espinoza debiendo y que ordena que don Manuel Gregorio Sánchez efectúe a favor de aquella transferencia del automóvil Chevrolet, sedán, Biscayne año mil novecientos sesentiseis con placa sesentinueve mil quinientos cuatro, motor cuarenticinco mil trescientos ochenticinco y sin lugar la acción para el pago del precio, con lo demás que contiene; **DECLARARON** fundada la impugnación planteada en el primer y segundo otrosíes del escrito del demandado corriente a fojas veinte y, en consecuencia, **NULO** el contrato de veinticinco de octubre de mil novecientos sesentiseis celebrado entre don Manuel Sánchez Días y don Víctor Raúl Flores Espinoza sobre adquisición de un automóvil corriente en copia de fojas una a fojas tres del cuaderno de embargo y **NULO** el contrato de transferencia que en copia

corre a fojas treinta sobre el automóvil puntualizado; INFUNDADA por **improcedente** la acción para que se obligue al demandado a efectuar la transferencia del automóvil indicado y fundada en parte la demanda en cuanto a la devolución del precio del mismo y, en consecuencia, que el demandado pague al demandante la suma de ciento treinticuatro mil setecientos cincuenta con sus intereses desde la citación con la demanda; sin costas; y los devolvieron.-

ALVAREZ BENAVIDES, RODRIGUEZ CARTLAND, GADEA.

Resolución Suprema

Lima, diecinueve de junio de mil novecientos setentitres.-

Vistos; por sus fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas ciento diecisiete, su fecha dieciseis de abril del año en curso, que revocando la apelada de fojas ochentiuno, fechada el veinticinco de julio del año próximo pasado, declara Improcedente el extremo de la acción alternativa interpuesta a fojas tres por don Víctor Raúl Flores Espinoza contra don Manuel Gregorio Sánchez, en cuanto a la transferencia del automóvil de su referencia; y fundada en parte la misma demanda en cuanto a la devolución del precio de dicho vehículo y, en consecuencia, que el demandado abone al actor la suma de ciento treinticuatro mil setecientos cincuenta soles; con todo lo demás que contiene; sin costas, condenaron en las del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.-

COMENTARIO

Descripción del caso

En 1966, de acuerdo al régimen de aquella época para la importación de automóviles de servicio público, don Manuel Gregorio Sánchez obtuvo una licencia para importar un automóvil liberado de impuestos.

No contando con los fondos suficientes, y queriendo aprovechar dicha liberación, suscribió un contrato con don Víctor Raúl Flores Espinoza por el cual declaraba que hacía la compra para éste, confiéndole el privilegio de usar el automóvil durante el plazo de 3 años en que estaba prohibida la transferencia y abonándole una suma de dinero por cada día que lo utilizara para el servicio público.

Víctor Raúl Flores Espinoza se comprometió a pagar el precio del vehículo, una parte al contado y el saldo en 36 letras, pago que efectuó oportunamente. Vencido el plazo de tres años don Manuel Gregorio Sánchez se negó a transferir el vehículo, pese a que conjuntamente con el contrato había firmado una solicitud de transferencia en blanco.

En vista de la negativa de Sánchez, Flores demanda en forma alternativa para que se le transfiera el vehículo o se le abone el precio del mismo por concepto de enriquecimiento indebido.

Sánchez expone que la demanda es infundada porque el contrato que la ampara fue de mutuo y por lo tanto el actor no tenía derecho de propiedad sobre el vehículo.

En la etapa probatoria se demuestra que el contrato fue debidamente suscrito y que la intención de las partes fue dejar constancia de que el verdadero propietario era Flores y que a los tres años debía efectuarse la transferencia, ya que no era posible hacerlo antes por mandato de la ley. También quedó probado que en determinada ocasión Flores en forma prepotente había despojado a Sánchez del automóvil y lo había entregado a un tercero para que lo explotara y le abonara una suma diaria por este concepto.

La sentencia de Primera Instancia declaró fundado el primer extremo de la demanda y ordenó que el demandado transfiriera el vehículo al actor, considerando que el contrato suscrito por las partes era

un acuerdo válido que garantizaba la obligación de transferir el automóvil al término de 3 años.

Apelada, la sentencia y elevados los autos a la Corte Superior, ésta declaró nula la sentencia en razón de que el Juez debía pronunciarse sobre los dos extremos demandados, esto es la transferencia y el pago por enriquecimiento indebido. Al no haberlo hecho, había incurrido en la causal de nulidad prevista en el inc. 10o. del art. 1085 del C. de P.C.

Interpuesto recurso de nulidad, la Corte Suprema declaró nula la sentencia de vista y mandó que la Corte Superior se pronunciara sobre el fondo de la controversia.

La Corte Superior, acatando el mandato, revocó la sentencia de Primera Instancia y, considerando improcedente la transferencia, declaró nulo el contrato celebrado entre las partes por tener objeto ilícito y fundado en parte el extremo del enriquecimiento indebido.

Interpuesto recurso de nulidad, la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia de vista.

Análisis Jurídico.-

La cuestión central en este expediente es la de examinar si el contrato celebrado por las partes es válido y por lo tanto puede el actor solicitar, basándose en el mismo, que se le transfiera el vehículo materia de la demanda.

La sentencia de la Corte Superior confirmada por la Suprema pudo fundamentarse más ampliamente, ya que debió tener en cuenta que el contrato que motivó la demanda implicaba una simulación relativa por interpósita persona, pues por medio de él Flores Espinoza confería a Sánchez un mandato simulado por el cual éste en su nombre, sin conocimiento de terceros y en agravio del Fisco adquiriría un bien en manifiesta infracción de lo dispuesto por el D.S. de 3 de enero de 1964. Esto nos lleva a considerar que la demanda al pretender la transferencia era improcedente en virtud de lo dispuesto por el art. 1095 del C.C., que priva de acción legal entre sí a los que hubiesen simulado con el fin ilícito de burlar la ley, ya que se pretendía gozar de un beneficio de liberación tributaria mediante un contrato simulado.

Por otro lado, la sentencia de Primera Instancia considera que el contrato era válido por constituir.

un acuerdo que garantizaba la transferencia del vehículo al término de 3 años. Esta posición no toma en cuenta ninguno de los fundamentos expuestos anteriormente y por el contrario estima válido el contrato por considerarlo de garantía, sin tener en cuenta que la intención de las partes no fue la de garantizar la obligación de transferir, sino la de dejar constancia de quién era el verdadero propietario del vehículo. De otro lado, las formas que establece la ley para garantizar una obligación son fianza, prenda, hipoteca y anticresis, cuya naturaleza se halla descrita y definida en nuestro C.C. y el presente contrato no se ajusta a ninguna de ellas.

Cabe señalar además que el Juez debió poner en conocimiento del Agente Fiscal los hechos que motivaron la presente causa, de conformidad con el art. 3o. del C. de P.P., pues con ellos se configuró un delito de evasión de impuestos.

Tal como lo enunció la Corte Superior y lo confirmó la Suprema, el contrato era manifiestamente nulo por tener objeto ilícito, entendiéndose como tal el motivo determinante que llevó a las partes a celebrarlo, que fue el de burlar los derechos del Fisco al adquirir Flores, sin ser chofer profesional, un vehículo liberado de impuestos. De acuerdo con algunos tratadistas el objeto de un contrato debe entenderse no sólo como la cosa material, sino como la causa por la cual se originó, doctrina que en el presente caso se ajusta a los hechos ya que la intención del contrato fue ilícita, y el objeto del contrato era también ilícito pues se adquiriría con manifiesta violación de la ley.

Debemos señalar que la declaración de nulidad era procedente de oficio al ser manifiesta de conformidad con el art. 1124 del C.C. y 404 del C. de P.C.

Asimismo, la Corte estuvo acertada al considerar fundado el extremo de la demanda que se refería al enriquecimiento indebido, pues el contrario demuestra el detrimento patrimonial sufrido por el actor y el incremento en el patrimonio del demandado siendo el nexo causal la simulación. Igualmente, al establecer la Corte que debía deducirse las sumas que el actor había percibido por concepto de la explotación del vehículo por un tercero era correcta, ya que el detrimento patrimonial del actor era menor en razón de haber percibido dichas cantidades, las que no le correspondían porque, como lo declaró la Corte, él nunca fue propietario.

La demanda adoleció del defecto de haber sido planteada invocando un extremo manifiestamente improcedente, como era el de pedir la transferencia del vehículo, ya que el demandante, como hemos mencionado anteriormente, carecía de acción para tal efecto.

Igualmente, el argumento de defensa del demandado, de que el contrato constituía un mutuo, carece de sustento porque la intención de las partes no fue nunca la de celebrar un préstamo, sino la de llevar a cabo una simulación en beneficio propio.

Por último, debemos indicar que este es un ca-

so claro en que la solución lógica no se ajusta a la solución legal. Como hemos visto y se probó en autos, el chofer nunca pretendió comprar para sí, sino para el actor, pero en virtud de la sentencia de la Corte adquirió un vehículo que nunca quiso. El actor resulta por colusión de todas maneras beneficiado, pues al rematar el bien sub-litis su hermano adquirió la buena pró y el Fisco quedó defraudado de todas maneras, pues los impuestos nunca se pagaron. La solución práctica como lo pretendió hacer aunque incompletamente, la sentencia de Primera Instancia, era que quien compró se quedara con el vehículo pero que pagara los impuestos. aunque incompletamente la sentencia de Primera Instancia, era que quien compró se quedara con el vehículo pero que pagara los impuestos.

MARIA HERMINIA DE LUZURIAGA.

EN MATERIA PENAL

1. Delito de Violación de Menores. Error de Hecho. Sentencia:

Lima, dos de junio de mil novecientos setentidós.

Vista; en audiencia privada de los días veinticuatro y treintiuno de mayo, primero de junio y de la fecha la causa número mil cuatrocientos treinta de mil novecientos setentiuno, seguida contra BENITO MAMANI VARGAS, peruano, nacido en Huancané, Puno, el dieciseis de agosto de mil novecientos treinticinco, hijo de Pedro y de Cipriana, católico, casado, con seis hijos menores, tiene segundo año de primaria, obrero municipal que gana setenticinco soles diarios, con documentos personales, sin bienes, abstemio, sin antecedentes penales y judiciales, acusado por delito contra el honor sexual en agravio de la menor Maura Antonia Millán Lazarte; de lo actuado en la instrucción y en el juicio oral, **RESULTA:** que una tarde de abril de mil novecientos setenta, a eso de las diecisiete horas, fue mandada la agraviada Maura Antonia Millán Lazarte al interior del Mercado de Buenos Aires, donde su madre Santosa Lazarte de Millán que la mandó, regenta un Puesto de Ventas, a sacar determinados artículos de primera necesidad; que a la sazón trabajaba de barredor del Mercado el acusado Benito Mamani Vargas, de treintiseis años, quien solía llamar "Gorda" a la menor Maura Antonia y enlabiarla de vez en cuando con promesa matrimonial; que después de sacar las cosas y cerrar su puesto la menor Millán tuvo que dirigirse al barredor Mamani que ciertos días de la semana hacía de guardián para que le abriera la puerta del Mercado y poder salir; que lo encontró en la Jefatura del Mercado, solo y le pidió que abriera la puerta del Mercado, contestándole él, "toma la llave para que abras" y que habiendo ingresado la menor a la Jefatura, Mamani cerró la puerta de ésta, y se dedicó a seducir a Maura llevándola al baño donde la hizo sufrir el acto sexual, que la relación carnal iniciada ese día se prolongó en los siguientes con la aquiescencia de la agraviada; que ésta resultó encinta habiendo dado a luz en la Maternidad de Lima el primero de enero de mil novecientos setentiuno una criatura de sexo femenino, a quien se ha llamado Zoraida Verónica; que la agraviada, a su vez, nació el tres de mayo de mil novecientos cincuenticinco y frisaba en los quince años al ser violada por Mamani Vargas; que la agraviada es una joven desarrollada tan alta como el acusado y de mayor peso que éste; que la elevación del vientre y el descubrimiento por parte de la víctima de que su violador era casado y tenía hijos, la obligó a confesar a sus padres lo que había ocurrido, formulando Félix Millán Castillo su denuncia en la Tercera Comisaría; que levantando el atestado correspondiente y por su mérito el Séptimo Juzgado abrió causa contra Mamani por el delito enunciado y una vez actuadas las diligencias propias de la investigación en dos plazos la llevó con los informes finales por la responsabilidad; que evacuada la acusación Fiscal, el Tribunal por auto de fojas noventa, declaró la procedencia del juicio oral y señaló día y hora para la audiencia; que realizada ésta con todas las formalidades legales, discutidas y votadas las cuestiones de hecho, teniéndose a la vista las conclusiones del señor Fiscal y las del abogado defensor del reo, ha llegado el caso de pronunciar sentencia;

y **CONSIDERANDO:** que el delito contra las buenas costumbres cometido por Benito Mamani se ha probado con su declaración instructiva de fojas treinticuatro-treinticinco, reproducida por el autor en el acto oral, con la preventiva de la víctima prestada en el mismo acto; muy especialmente con la enjundiosa confrontación llevada a cabo ante el Tribunal en la que la menor estudiante airadamente y con singular energía ha rechazado los débiles asertos de Mamani de no conocerla ni haber hablado con ella, recordándole a éste que cuando la veía pasar cuotidianamente hacia el Puesto de su mamá él la palabreaba llamándola familiarmente "Gorda" y manifestándole que quería casarse con ella; además le ha dicho que no han sido dos sino ocho las veces en que la sometió a prácticas carnales, unas en el interior de la Jefatura y otras en el interior del Puesto que regentaba su madre y que a partir de la segunda vez la impuso el acto sexual contra-natura; que en aquellos días de la relación carnal la esperaba a las siete y media de la mañana para acompañarla a su colegio y que le había comprado un libro llamado "Mi Maestro" para estudiantes de primaria, libro que había traído consigo para mostrarlo al Tribunal; agrega que cuando declaró ante la policía a fines de mil novecientos setenta pudo haberse equivocado al citar el mes de mayo en vez de abril en ese año, como el mes en que se iniciaron las relaciones sexuales, pero que cuando lo hizo en el Juzgado y citó el mes de junio fue para afirmar que en ese mes ya estaba encinta pero de ningún modo para indicar el mes de su desfloración, pues expresó claramente que no podía recordar el día en que esto le ocurrió, finalmente pidió permiso para recibir a su criatura que se hallaba en el exterior de la sala y puesta al lado del reo, impresionó de tal modo a Mamani, por su notable parecido, que este al verla se sonrió; lo que no fue óbice para continuar negando luego que conoció a la agraviada, que tuvo relaciones sexuales con ella, que le compró el libro y que es padre de la criatura, pero admite que cierto día de la semana hacía de guardián del Mercado, además de barredor y que los puestos de venta son cubiertos, es decir con paredes, puerta y techo; que constituyen otras pruebas de culpabilidad de Mamani el hecho de haber desaparecido del mercado de Buenos Aires a raíz de la denuncia, permaneciendo en la condición de ausente desde el mes de noviembre de mil novecientos setenta hasta el mes de agosto de mil novecientos setentinueve, fojas veinticuatro y treinta y tres en que fue capturado; que la agraviada y sus padres son capitalinos y al sindicarse al barredor del Mercado de Buenos Aires

(Barrios Altos), procedente del altiplano peruano, casado y padre de seis menores hijos, como violador de la joven y padre de la criatura es evidente que lo hacen ajustados a la verdad de lo ocurrido y nada más, por lo que no caben en el presente caso sospechosos cálculos ni especulaciones; que concurren a la probanza, la pericia médica de fojas sesenticuatro, ratificada en la audiencia por sus autores quienes se pronunciaron largamente por una gestación a término; las conclusiones del atestado de fojas una ratificado a fojas setentidós; el escrito y certificado médico de fojas ochenticinco y ochenticuatro que aunque no está ratificado deja ver que la agraviada al internarse en el Hospital Loayza por hipertiroidismo, se hallaba ya embarazada; que aparte de la posición negativa adoptada por el reo como medio de defensa y que le impide dar explicaciones, el Tribunal no puede dejar de advertir el porte y desarrollado continente de la agraviada que contrasta con la menuda figura de Mamani, un sujeto andino cuya cultura rudimentaria

puede haberlo inducido a error de apreciación, por el que se ven reducidos ahora, a una miseria alarmante, su esposa y sus seis hijos, por lo que, aunque no se alega aquella circunstancia, se tiene en consideración, así como falta de antecedentes penales y judiciales, fojas dieciseis y cincuentinueve, para la graduación de la pena; que con las partidas de fojas treintiseis y cincuenta se acreditan fehacientemente la edad de la agraviada y la existencia de la prole; que son de aplicación los artículos tercero del Decreto Ley diecisiete mil trescientos ochentiocho, el sesentiseis, doscientos cuatro, ochentisiete y cincuentiuno del Código Penal y el concordante doscientos ochentitrés del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos **CONDENARON** a **BENITO MAMANI VARGAS**, por delito contra el honor sexual en agravio de la menor Maura Antonia Millán Lazarte, a la pena de tres años de prisión, que cumplirá en Lurigancho y que contados desde el treintiuno de agosto de mil novecientos setenticuatro; a pagar a favor de la agraviada mil quinientos soles de dote y un mil soles de reparación civil, así como a pasarle una pensión mensual adelantada de cuatrocientos soles oro para alimentos de la prole sobrevenida; **MANDARON** que ejecutoriada esta sentencia, se gire el boletín y testimonios para su inscripción en el Registro Central; que se remita la causa al Juzgado para los efectos del artículo trescientos treinta y siete del Código de Procedimientos Penales y que oportunamente se archive en la Secretaría del Tribunal. Enmendado: diecisiete horas: Vale.

Rivero Velez
Villavicencio
Benavente Tapia.

RESOLUCION SUPREMA:

Lima, dieciseis de agosto de mil novecientos setentidós.

Vistos; por sus fundamentos pertinentes; y **CONSIDERANDO**: que el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo ochentisiete del Código Penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales, de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etcétera, que el fallo recurrido ha meritado; que en el caso de autos no se ha acreditado, en forma alguna, la existencia de tal error, por lo que no ha sido siquiera alegado por la defensa: declararon.- **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas ciento cuatro, su fecha dos de junio del año en curso en cuanto declara a Benito Mamani Vargas autor del delito contra la libertad y el honor sexuales en agravio de Maura Antonia Millán Lazarte y fija en un mil quinientos soles y en un mil soles la dote y la reparación civil, respectivamente, a favor de la agraviada, asimismo le obliga a abonar mensualmente la pensión alimenticia de cuatrocientos soles a favor de la prole habida; declararon **HABER NULIDAD** en la parte que lo condena a la pena de tres años de prisión; reformándola en este extremo: le aumentaron la pena a cinco años de prisión la que con descuento de la carcelería sufrida vencerá el treinta de agosto de mil novecientos setentiseis; declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron.- S.S.

CUENTAS ORMACHEA.- GARCIA SALAZAR.- ARCE MURUA.- CHIRINOS ARAICO.-

Vistos; por sus fundamentos: Mi voto es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida.- S. BUSTAMANTE UGARTE.- Fausto Viale Salazar.- Secretario General.-

COMENTARIO:

1.- Introducción.

La Resolución Suprema objeto del presente comentario, ha sido dictada cuando se encontraba en vigencia el D.L. 18140 del 10 de febrero de 1970, que sancionaba con pena de muerte la violación de menores de siete o menos años de edad, modificando de forma expresa el Art. 199 del Código Penal que reprimía con penitenciaría o prisión no menor de 2 años al que hiciera sufrir el acto sexual o acto análogo a un menor de dieciséis años, y en caso agravante se reprimía con pena no menor de 3 años.

En la actualidad, luego del D.L. 18968, se encuentra en vigencia el D.L. 20583 que, modifica la sanción con respecto de la edad del sujeto pasivo del delito, aunque no hay modificaciones en relación al tipo legal en sí.

2.- Análisis.

Nuestro análisis con respecto a la presente Ejecutoria Suprema versará únicamente sobre el punto de vista sustantivo, es decir, sobre la tipificación del hecho delictivo en sí.

En virtud de los hechos expuestos por el Tribunal Correccional convenimos con él que la acción que constituye el delito está tipificada en la Sección Tercera del Libro Segundo de nuestro Código Penal que versa sobre VIOLACION DE MENORES. Esta norma jurídico-penal que como sabemos, es el núcleo del Derecho Penal, contiene como primera parte la descripción del acto, es decir, una situación de hecho, fáctica que generalmente es una conducta y que en éste caso concreto es "... el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor...", y en su segunda parte, una sanción.

Encuadrado el acto en el tipo legal del Art. 199 del Código Penal en virtud del Principio de la Legalidad que como sabemos es un principio de garantías de los derechos individuales y que nuestro Código lo menciona expresamente en los artículos 2 y 3 pasamos a analizar nuestra figura delictiva en sí.

En primer término nos detendremos en el análisis de la interpretación que han vertido tanto nuestro Tribunal Correccional como la Corte Suprema con relación al precepto del tipo legal referente a la violación de menores.

La Ejecutoria Suprema se haya en discrepancia con el fallo del Tribunal Correccional en lo referente al **error de hecho**.

Nuestro Tribunal Supremo en mayoría considera que "... el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo ochentisiete del Código Penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales, de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etcétera...". Es importante hacer resaltar que ésta es la tónica en que viene fallando nuestra Suprema Corte.

A nuestro entender la Corte Suprema confunde el **error de hecho** con el **error de derecho**, ya que el primero solo se concibe cuando manteniéndose totalmente el conocimiento de la norma jurídica, el querer del agente es desvirtuado ya sea por la ignorancia o por el falso conocimiento de una situación de hecho; mientras que el segundo, se produce cuando la ignorancia o el falso conocimiento recae sobre una norma jurídico penal.

En Doctrina se sostiene que el **error de hecho** puede recaer sobre:

- a) Un elemento accidental del delito. Es el caso de "cuando recae sobre circunstancias que acompañan al hecho pero sin alterar su esencia o calificación" . . . (1).
- b) Un elemento esencial del tipo legal del delito. Es "cuando versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva o sobre una circunstancia agravante de calificación" . . . (2). Este es el caso de la presente jurisprudencia, ya que Benito Mamani Vargas estaba en la creencia que la persona con que yacía era una mayor de dieciséis años, lo que le hacía pensar que no estaba dentro de esta figura delictiva por no amoldarse su conducta al presente tipo legal ya que no se daba el elemento material del tipo.

Si analizamos el artículo 87 de nuestro Código Penal veremos que es clara la distinción que realiza el legislador al hablar del error de hecho y de derecho, aunque lo hace en un mismo párrafo. Es por esto que no tiene razón de ser que nuestro Tribunal Supremo de Justicia considere a dicho artículo como que sólo tratara del error sobre el carácter delictuoso del acto. En definitiva, nuestra Corte Suprema hace caso omiso en cuanto al error de hecho de que menciona nuestro legislador.

En segundo término veremos las normas a aplicar en el delito de violación de menores.

- a) Si el agente del delito actúa con conciencia y voluntad, es decir, con perfecto conocimiento de la edad (para el caso que estamos analizando) es de aplicación el D.L. 18140 (Art. 199 del C.P.) en concordancia con el Art. 81 que dispone que la pena no será menor de 5 años ni mayor de 20 en caso de que la víctima sea mayor de 7 y menor de 16 años.
- b) Si existiese un error en la apreciación de la edad, y que este error no fuera culpable, sería de aplicación del D.L. 18140 (Art. 199 del C.P.) en concordancia con el Art. 87, que reprime el delito con pena atenuante por debajo de los 5 años.

- c) En caso de que el error sobre la edad proviniera de la negligencia del agente del delito será de aplicación del D.L. 18140 (Art. 199 del C.P.) en concordancia con el Art. 82 por no ser un error no culpable.

Es de vital importancia detenernos a examinar ésta tercera situación:

- i) El Art. 82 sostiene que sólo se reprimirá por negligencia cuando el legislador lo señale expresamente.
- ii) El D.L. 18140 no reprime la forma culposa.
- iii) Por lo tanto no se podría reprimir la forma culposa en el delito de violación de menores.

Siguiendo este razonamiento lógico se trataría más favorablemente a quien actúa culposamente (negligencia) que a quien lo hace sin culpabilidad. Esta es una falla legislativa.

Nuestro Tribunal Correccional acertadamente reprimió el presente delito de violación de menores con una pena por debajo del *mínimum* legal (segundo caso . . . -ii) por tratarse de un error de hecho no culpable.

En tercer lugar examinaremos la aplicación del dispositivo penal por nuestros Tribunales de Justicia.

Tanto el Tribunal Correccional como la Corte Suprema utilizan y aplican el D.L. 17388, sin tomar atención alguna en el D.L. 18140 que si bien no cambiaba dicha disposición legal sí la aclaraba.

3.- Conclusión.

- i) Nuestra Corte Suprema constantemente confunde el error de hecho con el de derecho.
- ii) El fallo del Tribunal Correccional y el voto singular del doctor Bustamante Ugarte son correctos.

(1) y (2) SOLER, Sebastián . . . *Derecho Penal Argentino*. Tomo II, 1956, Buenos Aires.

—iii) Nuestro Código no considera como causa de inculpabilidad el error de hecho o de derecho, sólo permitiendo disminuir por debajo del mínimo legal la pena. Consideramos que es un rezago de que a una causa una sanción.

—iv) Es un descuido de nuestro legislador, haber

omitido tratar la negligencia en el delito de violación de menores.

—v) Deficiente información de nuestros Tribunales con respecto a normas legales promulgadas.

Gustavo Víctor de los Ríos Woolls.

2. La Tentativa en el delito de hurto

Sentencia:

Lima, veintitrés de junio de mil novecientos setentidós

En la causa seguida contra Víctor Manuel García Barranquino, con las generales que constan de autos, con antecedentes judiciales y penales, procesado por el delito contra el patrimonio, en agravio de Julián Espinoza Caldas. Vista la causa en audiencia pública del día veintiuno de junio y de la fecha, **RESULTA DE LO ACTUADO:** Que el día veinticinco de junio de mil novecientos setentidós a horas diez y treinta de la mañana, en circunstancias en que el agraviado don Julián Espinoza Caldas se hallaba en el interior de su puesto de venta de loterías ubicado en el jirón Callao número ciento cincuenticuatro, envolviendo un paquete de dinero para entregarlo al Banco, irrumpió sorpresivamente ingresando a dicha tienda el acusado Víctor Manuel García Barranquino, quien arrebató al agraviado el paquete de dinero y que contenía la cantidad de treintidós mil soles, en billetes circulares, dándose a la fuga el acusado y al ser perseguido por el agraviado, juntamente con otras personas, se escondió aquel en un confesionario de la Iglesia de Santo Domingo, lugar donde fue capturado por el vigilante de la Policía de Investigaciones del Perú don Medardo Vera Albuquerque, recuperándose íntegramente el dinero robado y que fue restituído a su legítimo propietario como consta del recibo de devolución de fojas ocho; que conducido a la primera comisaría el acusado, se formuló el atestado de fojas uno y siguientes que en conocimiento del Noveno Juzgado de Instrucción abre la presente por auto de fojas diez contra Víctor Manuel García Barranquino, por delito contra el patrimonio, en agravio de Julián Espinoza Caldas y seguida la causa por sus debidos trámites, fue elevada con su informe de ley al Tercer Tribunal Correccional, que de conformidad con la vista del Señor Fiscal de fojas sesenta expido el auto de fojas sesenta vuelta que declara haber lugar a juicio oral contra Víctor Manuel García Barranquino, por el delito contra el patrimonio, en agravio de Julián Espinoza Caldas; se nombra defensor del acusado y se señala fecha para la audiencia; que llevado a efecto el juicio oral en el día y modo que aparece del acta respectiva, es llegado el caso de pronunciar sentencia para lo que se toma en consideración las conclusiones escritas del Señor Fiscal y del Abogado defensor al

tiempo de plantear, discutir y votar las cuestiones de hecho y de votar la pena; y **CONSIDERANDO:** Que la culpabilidad del acusado Víctor Manuel García Barranquino, como autor del delito contra el patrimonio, materia del juzgamiento, se halla acreditada con la instructiva de fojas once que el agente infractor ha rectificado en el acto del juzgamiento, confesándose autor responsable del delito incriminado; que corrobora la prueba de cargo, la preventiva del agraviado Julián Espinoza Caldas de fojas catorce, la diligencia de confrontación practicada a fojas treintinueve entre el citado agraviado y el acusado García Barranquino, diligencia en la que éste último reconoce ser él, la persona que irrumpió al establecimiento del agraviado y se apoderó del fajo de dinero dándose a la fuga y que fue capturado en el interior de la Iglesia de Santo Domingo; con la declaración del vigilante de la Policía de Investigaciones del Perú don Medardo Vera Albuquerque de fojas veintiocho y que fue precisamente el miembro de la Policía de Investigaciones que capturó al acusado y recuperó el dinero que momentos antes había sustraído en el establecimiento comercial del agraviado; con la testimonial del Comisario de Investigaciones don Erwin del Pozo Chavez de fojas cuarentitrés, con el atestado policial de fojas uno ratificado a fojas treintidós y con el recibo de recuperación y devolución al agraviado del dinero que le fuera sustraído obrante a fojas ocho; que de otra parte, la preexistencia del dinero que fuera sustraído queda acreditada con los descuentos que obran a fojas cincuentidós y cincuentitrés; que el acusado García Barranquino, registra antecedentes judiciales como se aprecia del prontuario de fojas veinticuatro y del Boletín de fojas cincuentiseis del que resulta que con fecha dos de abril de mil novecientos setentinueve fue sentenciado por el Quinto Tribunal Correccional, a la pena de siete meses de prisión compurgada y habiendo incurrido en nuevo delito el 25 de junio del mismo año, tiene la calidad legal de reincidente; que empero, no obstante el apoderamiento ilegítimo del dinero de propiedad del agraviado, por acción ilícita del acusado, este no obtuvo provecho alguno del mismo en razón de haber salido en su persecución el agraviado con el auxilio de otras personas, recuperando íntegro el dinero sustraído que fue devuelto por el acusado luego de ser aprehendido; que el delito de hurto se tipifica por el aprovechamiento ilícito de un bien de propiedad de tercero, y en el caso de autos, falta ese elemento esencial por lo que la acción delictuosa merece calificarse en el grado de tentativa, toda vez que el agente comenzó simplemente la ejecución del delito, no consumado por la oportuna intervención del agraviado y de un miembro de la Policía de Investigaciones, que lo detuvo en situación concomitante al hecho; que bajo este aspecto, la conducta del infractor debe encuadrar dentro del límite de la tentativa de hurto, pues no ha existido violencia ni amenaza de ninguna especie en el acto del apoderamiento del dinero, como expresamente lo reconoce el agraviado don Julián Espinoza Caldas en la diligencia de confrontación de fojas treintinueve; que acorde a estos fundamentos, la acción delictuosa del infractor encuadra dentro de las disposiciones noventaicinco y noventa y siete en concordancia con el numeral doscientos treinta y siete del Código Penal, siendo igualmente de aplicación los artículos ciento once, ciento doce, cincuenta y uno y sesenta y seis del Código acotado.- Por estos fundamentos y apreciando los hechos de las pruebas con criterio de conciencia que la ley autoriza, el Tercer Tribunal Correccional; **FALLA: CONDENANDO A VICTOR MANUEL GARCIA BARRANQUINO**, como autor de delito contra el patrimonio, en el grado de

tentativa, en agravio de don Julián Espinoza Caldas, imponiéndole, por mayoría de votos, la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION, que cumplirá en la cárcel de Lurigancho que con descuento de la detención que lleva sufrida desde el primero de julio de mil novecientos setentinueve, vencerá el primero de julio de mil novecientos setenticinco; **FIJARON** el monto de la reparación civil que pagarán en favor del agraviado en la suma de trescientos soles; **MANDARON** se inscriba esta sentencia en el Registro Judicial correspondiente y ejecutoriada que sea el fallo se saquen los boletines y testimonios de condena y fecho se archive definitivamente el expediente, con aviso al Juzgado de la causa.- Barco Martínez (D. de D.).- Romero Romaña.- Irrivarren Abeo.

EL SECRETARIO DEL TERCER TRIBUNAL CORRECCIONAL DE LIMA, QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que el voto singular del Sr. Vocal Doctor Eulogio Romero Romaña, es como sigue: Considerando que el artículo doscientos treintisiete del Código Penal sólo exige para la comisión del delito de robo, la sustracción de una cosa mueble del lugar donde se encuentra, para aprovecharse de ella, y teniendo en cuenta que en el presente caso el acusado García Barranquino se apoderó de un paquete conteniendo treinta y cinco mil soles, que sustrajo con la modalidad del arrebato del mostrador del negocio del agraviado, situado en la calle Mantas de esta capital; que al ser perseguido recién logró ser ubicado dentro de un confesionario de la Iglesia de Santo Domingo, dos cuadras más allá del lugar de los hechos, lo que determina, de acuerdo a nuestro ordenamiento penal que se trata de un delito consumado, y no de un delito frustrado, ni menos de una tentativa, mi voto es porque de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal se imponga al reo la pena mínima de SEIS AÑOS DE PRISION que le corresponde por su condición legal de reincidente y se fije en trescientos soles el monto de la reparación civil, en favor del agraviado.- Vocal Dr. Romero Romaña.

Resolución Suprema:

Causa No. 1163 - 72

Lima, cuatro de octubre de mil novecientos setentidós.

Vistos, por sus fundamentos, y considerando además que el encausado no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto sustraído, toda vez que fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado, que, en consecuencia, lo decisivo para la consumación del hurto es el criterio de la disponibilidad y no el del desapoderamiento: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas sesentiseis, su fecha veintitrés de junio del año en curso que condena a **Víctor Manuel García Barranquino** por tentativa de delito contra el patrimonio en agravio de Julián Espinoza Caldas a la pena de cuatro años de prisión la que con descuento de la carcelera sufrida vencerá el primero de julio de mil novecientos setenticinco; y fija en trescientos soles oro la reparación civil a favor del agraviado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.- Cuentas.- García S.- Bustamante Ugarte.- Arce Murúa.- Chirinos.-

COMENTARIO:

No existe aún un total acuerdo sobre el momento de la consumación del delito de Hurto, pero analizaremos justamente en esta Jurisprudencia, los motivos que nos inducen a enmarcarnos en determinada interpretación doctrinaria. Nos detendremos a analizar por lo tanto, únicamente lo que se refiere en forma directa con el delito de Hurto, y no así la Reincidencia, que en determinado momento se señala, pero sin mayores detalles, en el voto singular del Dr. Romero Romaña y Sentencia del Tribunal Correccional.

Art. 237.- "El que se apodera se ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, substrayéndola del lugar en que se encuentra, será reprimido con penitenciería no mayor de seis años o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes".

Nuestro Código materializa el delito de Hurto, bajo tres aspectos principales:

- a) La Substracción,
 - b) El Aprovechamiento y
 - c) El Apoderamiento.
- a) Para el presente caso, no encontramos problema alguno en lo referente a la "substracción", pues Víctor García, substrajo el dinero del lugar donde se encontraba buscando alejarlo de la esfera de poder del agraviado Julián Espinoza.
- b) Al encontrar en nuestro Código Penal el elemento subjetivo, del delito de Hurto, "para aprovecharse", nos indica que el autor debe tener como finalidad o meta en su propósito, el obtener provecho de la cosa. El criterio de aprovechamiento puede entenderse ya sea por el deseo de obtener un fin de lucro o utilidad pecuniaria, o una utilidad de cualquier otra naturaleza.

El Tribunal Correccional, en el caso comentado, señala que el delito de Hurto se tipifica por el "aprovechamiento ilícito", elemento que no es mencionado en nuestro Código y desde luego no puede ser agregado. Buscando interpretar lo expresado por el Tribunal Correccional, entendemos que el autor del hecho no consiguió ningún tipo de aprovechamiento (que al aprovecharse del bien de un tercero,

sin su permiso, sería ilícito), motivo por el cual el delito no se habría consumado, quedando en el grado de tentativa; siendo una concepción muy particular del Tribunal.

Ahora bien, el Vocal Dr. Romero Romaña, situándose dentro de la teoría de la "ablatio" (en su forma de transportar la cosa fuera de la habitación o lugar donde se encuentra) (1), indica que el Hurto queda consumado con la sola substracción de la cosa mueble del lugar donde se encuentra, para aprovecharse de ella. Según esta interpretación, el delito estaría consumado, desde el preciso instante en que Víctor García arrebató el dinero a Julián Espinoza.

- c) Antes de analizar la opinión de la Corte Suprema, es necesario que veamos el sentido del término "apoderamiento". Según opinión de Sebastián Soler, la típica acción de apoderarse, en el Hurto, debe consistir en la acción de poner bajo su dominio y acción inmediata, el autor, una cosa que antes de ello se encontraba en poder de otro. Este apoderamiento comienza con el hecho de la substracción, cuando ésta es requerida debido a la forma de la custodia del bien o cosa, entendiendo por ello que se halla el objeto dentro de un ambiente de protección. Soler nos dice además, que es necesario hacer referencia, a la posibilidad inmediata que exista, de realizar actos dispositivos sobre la cosa, posibilidad de la que se carece antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona (2).

Frías Caballero nos señala que se da el apoderamiento, y desde luego el delito consumado, en el primer instante que el ladrón tiene la posibilidad física de disponer de la cosa. Esa posibilidad no nacerá mientras pueda ser impedida por la víctima, la autoridad u otra persona que acuda en su auxilio; por lo tanto, la acción permanecerá siempre en el campo de la tentativa si a pesar de cuanto ha realizado el ladrón, este no tuvo ni por breves mo-

(1) FRIAS CABALLERO, Jorge... "El Proceso Ejecutivo del Delito". Ed. Bibliográfica Argentina, 1956, Buenos Aires. pág: 307 y ss.

(2) SOLER, Sebastián... "Derecho Penal Argentino". Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956, Buenos Aires, págs: 189-192.

mentos, la posibilidad física de disponer de la cosa; por lo tanto, para determinar la consumación del delito de Hurto, se debe tomar el criterio de la **disponibilidad** y no el del desamparamiento (3).

Esa última frase, es la que también utiliza la Corte Suprema, indicando como requisito indispensable para la materialización del delito, la "disponibilidad".

Especulando, podríamos decir que Víctor García al esconderse en el confesionario pudo realizar algún acto posesorio, como esconder el dinero o parte de éste, para que quedase consumado el delito, ya que bastaba "ejercer actos posesorios sobre la cosa durante un tiempo cualquiera, por brevísimo que sea" (4); pero al habersele capturado "con el objeto en las manos, la acción no pasa de una tentativa" (5).

Consideramos así, a nuestro parecer, acertada la Resolución Suprema en cuanto señala el criterio de disponibilidad; pero no en cuanto que tal vez estaría aceptando implícitamente el criterio de "aprove-

chamiento ilícito" dado por el Tribunal Correccional, que como hemos dicho, no es elemento tipificante del delito de Hurto. Es clara la diferencia de opinión con el Dr. Romero Romaña; pues él considera como elemento de consumación del delito de Hurto la mera sustracción y no la disponibilidad; pero al referirse nuestro Código al apoderamiento, requiere se entienda el criterio de disposición, ya que "apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es, traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho" (6), usurpar, y más todavía cuando el Código dice "apoderarse ilegítimamente",

illegando el delincuente a disponer de un bien que no le pertenece.

ADRIAN REVILLA V.

(3) FRIAS CABALLERO, Jorge... Op. cit. Págs: 333-340.

(4) JIMENEZ DE ASUA, Luis... "Tratado de Derecho Penal". Tomo III; Ed. Losada, 1958. Buenos Aires. pág: 799.

(5) FRIAS CABALLERO, Jorge... Op. cit. pág: 338.

(6) *Ibíd*em... pág: 324.

EN MATERIA TRIBUTARIA

Interesado : Luis Berckemeyer Pazos por Cta. de:
Carnation Company - Los Angeles.
Asunto : Impuesto a la Renta
Provincia : LIMA.-

Lima, 7 de mayo de 1973

Vista la apelación interpuesta por don Luis Berckemeyer Pazos, contra la Resolución No. 171596, expedida el 13 de octubre de 1971 por la Dirección General de Contribuciones, que declara sin lugar su reclamación sobre impuesto a la renta de 1970, girado a su cargo por cuenta de Carnation Company-Los Angeles:

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el Art. 3o. inc. a) apartado 6 del Decreto Supremo 287-68-HC están afectas al gravamen del impuesto a la renta las ganancias obtenidas en el país en las ventas de bienes de cualquier naturaleza que constituyan activo de empresas o sociedades que desarrollan actividades comprendidas en el art. 27 inc. a) del mismo Decreto;

Que por lo tanto es procedente la liquidación reclamada que acota el impuesto a la renta teniendo como materia imponible la diferencia del precio de venta de algunas acciones emitidas por Leche Gloria S.A. y su valor nominal, venta efectuada por Carnation Company de Los Angeles a don Luis Berckemeyer Pazos;

Que la referencia del art. 27 inc. a) contenida en la norma antes mencionado no excluye a las sociedades establecidas en el extranjero por no existir norma explícita que así lo declare y al contrario porque la empresa radicada en el exterior es sujeto pasivo de la obligación tributaria como dispone el art. 14 inc. f) del Decreto.

De acuerdo con el dictamen del Vocal Sr. Zárate Polo cuyos fundamentos se reproducen;

RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución apelada.

TRIBUNAL FISCAL

Regístrese, comuníquese y devuélvase a la Dirección General de Contribuciones, para sus efectos.

Tola, Vocal Presidente; Zárate Polo, Vocal; Quintanilla, Vocal; La Rosa, Vocal; Zolezzi Möller, Secretario Relator Letrado.

DICTAMEN DEL VOCAL INFORMANTE

Dictamen No. : 1960. Vocal Dr. Zárate Polo
Reclamante : Luis Berckemeyer Pazos
Exp. Reg. : 63-1972
Impuesto : A la Renta de la 2da. Categoría
Provincia : LIMA.-

Señor:

Mediante liquidación No. 055244 de 10 de marzo de 1971 la Dirección General de Contribuciones acota el impuesto a la renta a cargo de Luis Berckemeyer Pazos por cuenta de Carnation Co. de Los Angeles con un giro de S/. 21,664.00 más S/. 12,998.00 de recargo.

Ha dado origen a esta acotación la venta de acciones emitidas por Leche Gloria S.A. realizada por Carnation Company a don Luis Berckemeyer Pazos, considerándose como materia imponible la diferencia entre el valor de venta y el valor nominal de las acciones.

Don Luis Berckemeyer interpone reclamación fundándola en que no es de aplicación el art. 23 del Decreto Supremo No. 287-68-HC consignado en la misma declaración por no tratarse de ninguno de los supuestos contenidos en dicha disposición tales como dividendos, exceso de revaluaciones etc. y porque además el beneficio obtenido por la vendedora no constituye renta gravable en el Perú, pues no está comprendido en los arts. 2o. y 3o. concordantes con los arts. 19 y 27 del Decreto Supremo 287-68-HC por tratarse de una venta esporádica efectuada por una compañía no residente en el Perú, pues la norma (art. 3o. inc. a) presupone que la persona jurídica que efectúa la actividad mercantil reside en el país, presente balances a la autoridad fiscal que permita establecer la utilidad o beneficio obtenido en su actividad.

Por Resolución No. 171596 de 13 de octubre de 1971 se mantiene la acotación del impuesto fundándola en el inc. b) del art. 2o. por constituir una inversión o colocación de capital que produjo un ingreso. Se invoca además en el informe sustentatorio el art. 14 inc. f) que determina como sujetos del impuesto a las sociedades y entidades de cualquier denominación o naturaleza, constituidas en el exterior que perciban, en cualquier forma, rentas de fuente peruana; el art. 19 que excluye del impuesto los resultados de transferencia de bienes cuando no hay habitualidad o comercio ni cuando el caso esté comprendido en el art. 3o. o sea que no se requiere la habitualidad de las personas jurídicas para la procedencia de la acotación.

En la apelación y su fundamentación copiosa se sostiene, después de una exposición doctrinaria, que Carnation Company no se encuentra en ninguno de los dos supuestos que tornan la ganancia en la enajenación de bienes en venta, porque no es el caso de la habitualidad en la compraventa de acciones ni tampoco es el caso de una empresa con Balance impositivo esto es con activo afectado permanentemente a una fuerte productora de tercera categoría, actividades enumeradas en el art. 27 inc. a) del Decreto Supremo 287-68-HC. Es de opinión que la ganancia conseguida por la Com-

pañía es una ganancia de capital, pero al mismo tiempo sostiene que Carnation Company "no tiene otra actividad que la inversión de un capital, dentro del concepto de aporte a que se refiere el art. 22 del Decreto".

Para decidir sobre la cuestión propuesta debe mencionarse que aún cuando la compra de acciones de una compañía establecida en el país tiene el caracter de una inversión no es justamente el caso legislado en el art. 2o. inc. b) puesto que la ganancia no es el resultado inmediato de la inversión sino la venta realizada de esos valores.

El caso está expresamente previsto en el art. 3o. inc. a) que incorpora las ganancias provenientes de ventas de bienes, y específicamente en el párrafo 6 sobre ventas de "bienes de cualquier naturaleza que constituyen activo de empresas o sociedades que desarrollan actividades comprendidas en el art. 27 inc. a).

No es preciso que esas actividades sean desarrolladas en el país, puesto que si tal fuera la intención la disposición carecería de sentido en atención a que estaría sujeta al impuesto por la renta que esa actividad produce sin que fuera necesario gravar especialmente los resultados provenientes de la

venta de bienes en el art. 3o.

El caracter de compañía establecida en el extranjero no la exime de la obligación tributaria tanto por lo antes expuesto como por lo dispuesto en el inc. f) del art. 14 que trata de los sujetos del impuesto, disposición que no puede dejar de citarse estando a que la impugnación de la reclamante no está limitada al campo del objeto (venta de bienes) sino al sujeto (Compañía establecida en el extranjero).

Recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Fiscal se ha considerado renta imponible la ganancia proveniente de la venta de sociedades mercantiles en las condiciones señaladas en el art. 3o. inc. a-6 que son reafirmadas en el último párrafo del art. 19 al tratar de la renta bruta que dispone que los resultados de la transferencia no están gravados cuando no sean producto de una actividad habitual o de comercio ni esté comprendido el caso en algunos de los supuestos del art. 3o.

En consecuencia, opino se confirme la Resolución apelada.

Salve mejor parecer.

Lima, 7 de mayo de 1973.

COMENTARIO:

La Resolución transcrita tiene gran importancia pues sienta jurisprudencia al establecer que es gravable el beneficio que obtiene una persona jurídica no domiciliada en el Perú vende acciones emitidas por una empresa constituida en el país. Como quiera que según el art. 6o. del Decreto Supremo No. 287-68-HC, tratándose de no domiciliados sólo es gravable la renta de fuente peruana debe concluirse que el Tribunal Fiscal considera que en el caso comentado la renta tiene su fuente generadora en el país.

Por otra parte, de la Resolución aparece que el costo computable en la transferencia de acciones es el valor nominal de las mismas.

Nosotros consideramos que estos extremos requieren comentario y aclaración.

La cuestión a dilucidar consiste en conocer si el eventual beneficio que pudiera obtener una persona jurídica por la venta de acciones de su propiedad tiene o no la condición de renta afecta. La Resolución considera que el tributo es aplicable por el mérito del artículo 3 a) 6 del Decreto Supremo No.

287-68-HC que estima como gravables los resultados provenientes de la enajenación de bienes que constituyen activo de empresas.

Si la sociedad vendedora está domiciliada en el país, es indudable que la utilidad obtenida en la enajenación debe quedar afectada al tributo, pues se presentaría el supuesto requerido por el citado art. 3o. inciso a) 6. En cambio si —como en el caso comentado— la vendedora es una persona jurídica no domiciliada, debe aclararse previamente si la renta, en caso de existir, es de fuente peruana, pues sólo en caso afirmativo habría lugar al tributo.

Debe destacarse que no obstante la trascendencia de este punto el mismo no es tratado en la Resolución que se comenta, pero debe observarse que se menciona como uno de los fundamentos del artículo 14o. inciso f) del Decreto, que determina como sujetos del Impuesto a las sociedades constituidas en el exterior que perciban en cualquier forma renta de fuente peruana. En consecuencia, todo parece indicar que en la Resolución se presume que la renta tiene su fuente generadora en nuestro país aún cuando no se cita la norma legal que sirve de sustento a dicha presunción.

Los artículos 10o. y 11o. del Decreto Supremo No. 287-68-HC en sus diversos incisos señalan los casos en los cuales una renta debe ser considerada como de fuente peruana. Ninguno de ellos contempla de manera expresa el caso que nos ocupa.

Conviene aclarar que las rentas referidas en el artículo 10o. inciso b) (“las producidas por capitales, bienes o derechos, situados o colocados económicamente en el país”) están integradas por los “resultados inmediatos de la inversión” (dividendos, arrendamiento de bienes muebles; royalties, etc.) y no por la ganancia derivada de la venta de valores.

En consecuencia, no existe ninguna norma expresa que permita considerar como renta de fuente peruana el beneficio obtenido por una persona jurídica no domiciliada al enajenar acciones de su propiedad emitidas por una sociedad constituida en el país. Sin embargo, aún asumiendo que en casos como éste la renta pudiera considerarse de fuente peruana, ello no bastaría para aplicar el tributo, pues sería necesario determinar la materia disponible.

Dé acuerdo con lo previsto por el artículo 19o. del Decreto Supremo No. 287-68-HC cuando los in-

gresos provengan de la enajenación de bienes “la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo de los bienes enajenados...”.

Por costo computable de los bienes enajenados se entenderá el costo de adquisición o producción o en su caso el valor de ingreso al patrimonio o el valor del último inventario determinado conforme a este título.

Si la persona jurídica que enajena las acciones no se encuentra domiciliada en el país, y por lo tanto no tiene en el Perú contabilidad, documentación, libros o registros que permitan conocer el detalle de sus operaciones, no sería posible determinar el costo computable de los valores que se enajenan. En otras palabras, no resulta posible establecer la diferencia que con arreglo al artículo 19o. constituye la suma afectada al tributo y, en consecuencia, éste devendría inaplicable.

La Resolución No. 8342 estima que “es procedente la liquidación reclamada que acota el Impuesto a la Renta teniendo como materia imponible la diferencia del precio de venta de algunas acciones emitidas por Leche Gloria S.A. y su valor nominal...”.

Es evidente que el Tribunal Fiscal ha considerado que el costo computable es el valor nominal de las acciones que se enajena, pero no señala disposición legal alguna que permita amparar esa conclusión. Aún más, el temperamento adoptado podría ser discutible porque las acciones de una sociedad anónima se transfieren, en circunstancias normales, a valor real, que no necesariamente debe coincidir con el valor nominal del que frecuentemente difiere.

En tal virtud, considerar el valor nominal como costo computable puede conducir a una equivocada imposición, pues si las acciones que se enajenan hubieran sido adquiridas en un valor inferior al nominal la renta real sería superior a la considerada gravable según la interpretación del Tribunal Fiscal. Si la circunstancia fuera inversa las autoridades tributarias estarían considerando como materia imponible una suma mayor que el beneficio obtenido, lo que sería igualmente injusto.

De otro lado debe recordarse que por el mérito

del principio de "Reserva Legal", recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Tributario "sólo por ley se puede determinar... la cuantía del tributo y la base para su cálculo" y que según el artículo XI del mismo Título "... en vía de interpretación no pueden extenderse las normas tributarias a... supuestos distintos de los señalados en la ley".

Las razones expuestas conducen a pensar que el artículo 3o. inciso a) 6 sólo puede estar referido a las personas jurídicas domiciliadas en el país pues sólo en este caso sería posible verificar el costo computable de los bienes que se enajenan lo cual constituye un requisito previo indispensable para afectar operaciones de esta naturaleza.

Abona en favor de este planteamiento el hecho de que sólo podría conocerse la suma recibida por el vendedor en la transferencia si éste lleva libros o registros contables en el Perú; es decir si tiene la condición de domiciliado en el país. En efecto, en casos como el comentado donde el comprador es una persona natural no obligada a tener libros de contabilidad y donde el vendedor es una persona jurídica no domiciliada y, por ello, tampoco obligada a llevar libros, no existe posibilidad de constatar el precio pagado en la venta de acciones. Como se sabe, con arreglo a la Ley de Sociedades Mercantiles no es imperativo hacer constar el importe de la operación en el Registro de Transferencia de Acciones bastando una simple comunicación de la venta a la sociedad emisora (Ley de Sociedades Mercantiles, Artículo 115o.) para perfeccionar la enajenación.

En consecuencia si la persona jurídica vendedora no se encuentra domiciliada en el Perú no puede conocerse el costo computable de las acciones que se enajenan ni es posible tampoco determinar de forma indubitable el valor de venta de dichos bienes. Dicho de otro modo, es imposible conocer la diferencia entre costo e ingreso; diferencia que resul-

ta indispensable para determinar la suma afecta, con arreglo al ya citado artículo 19o.

Obsérvese que la acotación fue girada a cargo de la persona natural domiciliada "por cuenta" de la vendedora del exterior. Es decir se exige al adquirente que actúe como agente de retención del tributo que debe calcular sobre el beneficio percibido por la persona jurídica extranjera.

No existiendo ninguna ley que considere como costo computable el valor nominal de las acciones, cabe preguntarse ¿Cómo puede el comprador conocer la utilidad que la operación produce a la vendedora? Es evidente que tal conocimiento es imposible ya que no existe medio de comprobar la suma que el vendedor en su momento, pagó al adquirir las acciones, asumiendo que ellas no provienen de aporte sino de compra venta.

Si ello es así, no resulta justo ni legal exigir al comprador que retenga el tributo sobre una materia imponible que no puede conocer. Aún más, repárese que en el caso comentado la exigencia se ha hecho extensiva a recargos lo que, desde nuestro punto de vista, hace más injusta la solución adoptada en la Resolución.

En nuestra opinión, no podría argumentarse que las normas expedidas para el control de cambios permiten conocer el precio pagado en la venta de las acciones, pues tales medidas, que podrían quedar sin efecto en cualquier momento, no pueden alterar los principios que informaron la legislación sobre el Impuesto a la Renta que es anterior a las regulaciones cambiarias. Además, nada impide que el pago se haga en moneda nacional en el Perú o que la venta se efectúe a una persona no domiciliada, casos en los cuales el régimen del control de cambios no tendría importancia.

HUMBERTO MEDRANO CORNEJO.

EN COMERCIO INTERNACIONAL

TRIBUNAL FISCAL

Interesado: Swiss Bank Corporation

Asunto: Tercería

Provincia: Lima

No.: 9174

Lima, 1 de abril de 1974

Visto el procedimiento de tercería excluyente de dominio seguido por Swiss Bank Corporation elevado al Tribunal por el Juzgado Coactivo en consulta del auto expedido el 17 de setiembre de 1973, declarando fundada la mencionada tercería;

CONSIDERANDO:

Que de lo actuado en el expediente y de los documentos presentados ante el Tribunal resulta que las barras de oro fueron remitidas por el Swiss Bank Corporation al Banco Comercial para ser entregadas a Metales Nóbiles S.A., cuando recibiera la confirmación del Banco Central de Reserva del Perú, en cuanto a la entrega de certificados de divisas para el pago del valor de dichas barras de oro;

Que no consta de autos que dicha confirmación se produjera ni que Metales Nóbiles S.A. pagara el valor de las barras de oro;

Que no existiendo elementos para establecer las demás condiciones del contrato debe estarse a los principios generales del derecho y a los usos y costumbres del comercio internacional para determinar si Metales Nóbiles S.A., llegó a adquirir la propiedad de las mencionadas barras de oro;

Que si bien el Código Civil no contempla reglas específicas para la compra-venta mediante las que se efectúa el comercio internacional, la sexta regla adoptada en cuanto a las ventas CIF, como la que es materia del expediente, por la Conferencia de Oxford de 12 de agosto de 1932, establece que la propiedad de las mercaderías importadas se transfiere en el momento en que el vendedor pone al comprador en posesión de los documentos;

Que en el presente caso el Banco Comercial no puso a Metales Nóbiles S.A. en posesión de los documentos de embarque;

Que en aplicación de dicha regla debe entenderse que la propiedad de Swiss Bank Corporation sobre las barras de oro remitidas no fue transferida a Metales Nóbiles S.A.;

Que en consecuencia, la tercería deducida por Swiss Bank Corporation

con motivo del embargo de dichas barras, trabado en el juicio coactivo seguido contra Metales Nóbiles S.A., para el pago de impuestos de timbres, es procedente;

De acuerdo con el dictámen del Vocal señor La Rosa, cuyos fundamentos se reproducen;

RESUELVE:

APROBAR la resolución expedida por el Juzgado Coactivo de Lima, el 17 de setiembre de 1973, declarando fundada la tercería excluyente de dominio interpuesta por Swiss Bank Corporation en el procedimiento de cobranza coactiva del impuesto de timbres seguido contra Metales Nóbiles S.A.

Regístrese, comuníquese y devuélvase al Juzgado Coactivo de Lima, para sus efectos.

Vocal Presidente, Zárate Polo; Vocales, Quintanilla, La Rosa, Protzel; Secretario-Relator Letrado, Zolezzi Möller.

TRIBUNAL FISCAL

Dictamen No.: 695 - Vocal Sr. La Rosa
Reclamante: Swiss Bank Corporation
Ex. Reg. No.: 867-1973
Asunto: Tercería
Provincia: Lima

Señor:

El Juzgado Coactivo de Lima ha elevado en consulta la resolución expedida el 17 de setiembre de 1973 en el procedimiento de tercería iniciado el 8 de marzo de 1973 por el Swiss Bank Corporation de Zurich, Suiza, con motivo del embargo precautelativo trabado sobre 100 barras de oro de su propiedad, a petición del Banco de la Nación, para garantizar el pago del impuesto de timbres adeudado por la empresa Metales Nóbiles, S.A.

La resolución elevada en consulta declara fundada la tercería interpuesta, dispone el levantamiento del embargo trabado sobre las 100 barras de oro y ordena que el Banco de la Nación que las tiene en custodia, las entregue al Swiss Bank Corporation.

De lo actuado en la cobranza coactiva y en los dos procedimientos de tercería elevados por el Juzgado Coactivo de Lima, resulta que la Dirección General de Inteligencia Tributaria determinó, con Resolución de Acotación No. 597-71, el impuesto de timbres que adeudaba Metales Nóbiles S.A., por omisiones en el Registro de Ventas en los años de 1968 a 1971 por un total de S/. 46'377,201.10 incluidos los recargos y que para garantizar el pago de la mencionada suma se dirigió al Banco de la Nación solicitando se trabara embargo precautelativo sobre 100 barras de oro que el gerente de la mencionada empresa don Oscar Montagna Canale, había pretendido retirar

de la Aduana del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, siéndole incautadas en esa oportunidad.

Producida la incautación, se expidió, por el ramo de Economía y Finanzas, la Resolución Ministerial No. 1022-71-EF/44, de 5 de agosto de 1971, en la cual se expresa que Oscar Montagna Canale, pretendió retirar las mencionadas barras proporcionando datos falsos, sobornando al Vista de Aduana de turno y atribuyéndose falsa personería en representación del Banco Comercial y se dispone que las barras de propiedad del Swiss Bank Corporation que se encontraban en custodia en el Banco de la Nación fueras puestas a disposición del Juzgado de Instrucción, debiendo el señor Procurador General de la República denunciar los delitos cometidos por el mencionado Montagna Canale en agravio del Estado y constituirse en parte civil.

Aparece también que en instrucción abierta para investigar los delitos antes mencionados, el Juzgado en mérito a la solicitud y a las pruebas presentadas por el Swiss Bank Corporation dispuso, con fecha 10 de diciembre de 1971, que el Banco de la Nación le entregara las 100 barras de oro por intermedio del Banco Comercial del Perú, en presencia y con conocimiento de la Dirección General de Inteligencia Tributaria, por constituir pruebas instrumentales de propiedad del mencionado Swiss Bank Corporation, resolución de la cual apeló el Procurador General de la República alegando que había sido expedida sin oír a la Procuraduría y sin que el Swiss Bank Corporation hubiera acreditado su calidad de propietario de las mencionadas barras de oro. La apelación fue concedida disponiendo el Juzgado se elevara al Tribunal el cuaderno de copias respectivo.

En estas circunstancias, el Swiss Bank Corporation interpuso, dentro del procedimiento coactivo, tercería excluyente de dominio que concluyó con resolución expedida el 24 de febrero de 1973 que declaró fundada una excepción de falta de personería deducida por el Banco de la Nación alegando insuficiencia del poder presentado por don Hans J. Zwyer.

A continuación, el 8 de marzo de 1973, don Wolf Dieter von Breyman representando al Swiss Bank Corporation con poder en forma, reiteró la tercería excluyente de dominio que concluyó con la resolución que viene en consulta ante el Tribunal y que declara fundada la tercería por considerar que los fundamentos de la demanda en la que ese banco invocaba derechos de propiedad sobre las mencionadas barras de oro, habían sido plenamente acreditados con las pruebas presentadas en autos.

Encontrándose el expediente en el Tribunal Fiscal, el Swiss Bank Corporation ha ampliado los fundamentos de la tercería interpuesta, alegando que su derecho de propiedad sobre las barras embargadas reposaba en las leyes peruanas de conformidad con las cuales la compra-venta de bienes muebles exige, para su perfeccionamiento, la entrega de la cosa vendida y que no habiéndose producido la entrega de las barras de oro, éstas permanecían bajo su dominio.

En este sentido invoca las opiniones de algunos comentaristas del Código Civil del Perú, entre ellos los doctores José León Barandiarán y Jorge

Eugenio Castañeda que interpretan las disposiciones de ese cuerpo legal en el sentido antes indicado.

Sostiene también el Swiss Bank que en el comercio internacional la tradición o entrega de los documentos que amparan el envío de las mercancías equivale o representa la tradición de los bienes mismos y que en el caso de autos no se ha producido ni la entrega material de las barras de oro ni la entrega de los documentos que amparaban su remisión por lo que el dominio que el Swiss Bank Corporation tenía sobre las mismas no había sido transferido.

Como se advierte, el problema radica en establecer si al momento de interponerse la tercera excluyente por el Swiss Bank, la propiedad de las barras de oro embargadas correspondía a dicho Banco o a Metales Nóbiles que era la empresa que las había importado.

Examinada la documentación que corre en autos se encuentra:

1. La carta cursada el 1o. de octubre de 1970 por don Hans J. Zwyer en representación del Swiss Bank Corporation al Banco Comercial, mediante la cual le advierte que las barras de oro y otros metales que importase la empresa Metales Nóbiles S.A., sólo podrían ser puestos a disposición de la misma después que el Banco Central de Reserva confirmase la autorización de entrega de divisas para cancelar la importación.
2. La carta cursada por el Banco Comercial el 2 de octubre de 1970 al representante residente del Swiss Bank en Lima, en respuesta a la citada en el punto anterior, expresando que de conformidad con las instrucciones recibidas no entregaría el oro o los metales importados por la firma Metales Nóbiles S.A., sin antes recibir la confirmación del Banco de Reserva en relación con la entrega de certificados de divisas para cancelar la importación.
3. El cablegrama cursado por el Swiss Bank Corporation al Banco Comercial el 12 de marzo de 1971 anunciando la remesa aérea de 100 kilos-barras de oro e indicando que debía ser enviado a Metales Nóbiles S.A. contra remesa de U.S. \$ 132,884.61.
4. La factura comercial No. 482468, expedida por el Swiss Bank el 13 de mayo de 1971, a favor de Metales Nóbiles S.A. por las 100 barras de oro.
5. La factura consular también de 13 de mayo de 1971, por 100 lingotes de oro remitidos por el Swiss Bank en consignación al Banco Comercial, para Metales Nóbiles S.A.
6. La nota de envío de los 100 lingotes de oro expedida por la Compagnie des Metaux Precieux, el 14 de mayo de 1971, al Banco Comercial.
7. La carta de porte de las 100 barras de oro expedida por la compañía de aviación KLM, de la cual aparece como remitente la Compagnie des Metaux Precieux y como consignatario el Banco Comercial del Perú, su fecha 14 de mayo de 1971.

Del estudio de estos documentos, se llega a la conclusión de que no llegó a producirse la transferencia del dominio que el Swiss Bank tenía sobre las 100 barras de oro tantas veces mencionadas, en favor de la empresa importadora Metales Nóbiles S.A.

En efecto, si bien Metales Nóbiles S.A. pudo haber expresado en el pedido respectivo su voluntad de comprar 100 barras de oro, la entidad exportadora dejó expresa constancia que la entrega de dichas barras de oro sólo se produciría contra aprobación por el Banco Central de Reserva de la entrega de las divisas necesarias para pagar el precio, no existiendo prueba alguna en cuanto a los términos del contrato en cuanto a los demás aspectos respecto a los cuales debe aplicarse los principios generales del derecho.

En consecuencia, siendo las importaciones compraventas de carácter internacional, y no existiendo en nuestro ordenamiento legal reglas específicas al respecto, debe estarse a los usos y normas del comercio internacional, y entre ellas a las llamadas reglas de Varsovia-Oxford adoptadas por la Conferencia de Oxford de 12 de agosto de 1932, respecto a las llamadas ventas CIF como la efectuada por el Swiss Bank a Metales Nóbiles S.A. según se desprende de la factura consular antes mencionada.

De las citadas Reglas, la 6a. establece que la fecha del traspaso de la propiedad de las mercaderías será la del momento en que el vendedor pone al comprador en posesión de los documentos y, en el caso de autos, el Banco Comercial, entidad consignataria, no entregó a Metales Nóbiles S.A. la factura consular ni la guía de remisión que en copia fotostática corren agregadas al expediente.

Por todo lo expuesto, soy de parecer que el Tribunal apruebe la resolución expedida por el Juzgado Coactivo de Lima el 17 de setiembre de 1973 declarando fundada la tercería interpuesta por el Swiss Bank Corporation de Zurich, Suiza.

Salvo mejor parecer.

Lima, 1 de abril de 1974.

TRIBUNAL FISCAL
J. FERNANDO DE LA ROSA
VOCAL INFORMANTE

COMENTARIO:

1. Antecedentes

En mayo de 1971 el **Swiss Bank Co.** de Zurich, Suiza, en una de sus operaciones regulares, remitió 100 barras de oro consignadas al Banco Comercial del Perú para su comprador **Metales Nobiles S.A.**, firma peruana que comerciaba con oro. El contrato fue celebrado en términos c.i.f. El Banco Comercial del Perú intervenía como custodio de los documentos de embarque, los cuales, como es usual en este tipo de transacciones, debían ser entregados por éste al comprador contra el pago del precio.

A la llegada de las barras de oro en uno de los aviones de itinerario de la compañía KLM y antes de que los documentos de embarque le fueran entregados, el gerente de **Metales Nobiles S.A.** incurrió en determinadas irregularidades en la Aduana del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, al pretender retirar las barras cuando aún no tenía derecho para ello, motivando que aquellas fueran incautadas y luego depositadas en el Banco de la Nación. Una investigación posterior determinó que **Metales Nobiles S.A.** había incurrido, adicionalmente, en delito de defraudación respecto de los pagos a que estaba obligada por concepto del impuesto de timbres. El monto de dicha defraudación excedía los S/. 46'000,000.00.

En agosto de 1971 se promulgó la R.M. No. 1022-71-EF-44, en uno de cuyos considerandos se reconocía la propiedad del **Swiss Bank Co.** sobre las barras de oro, señalándose, no obstante, que se las había incautado en calidad de pruebas instrumentales. La resolución ministerial ponía a disposición del juzgado correspondiente las 100 barras de oro y autorizaba al Procurador General de la República encargado de los asuntos del Ministerio de Economía y Finanzas para que se constituyera en parte civil y efectuara las denuncias correspondientes contra Oscar Montagna Canale, gerente de **Metales Nobiles S.A.** y contra los que resultaran responsables por los delitos cometidos en agravio del Estado.

Habiéndose abierto la instrucción respectiva contra Montagna Canale, el Banco de la Nación inició en la vía administrativa una acción coactiva contra **Metales Nobiles S.A.** para el pago del impuesto de timbres. En este último procedimiento el Banco de la Nación trabó embargo sobre las 100 barras de oro.

Ante esta situación, el **Swiss Bank Co.** interpuso una demanda de tercería excluyente de dominio contra el Banco de la Nación y contra la firma **Metales Nobiles S.A.** Luego de un dilatado procedimiento, el Juzgado Coactivo de Lima emitió, con fecha 17 de setiembre de 1973, la resolución que declaró fundada dicha tercería, ordenando que se levantase la medida trabada sobre las barras de oro y que ellas fueran entregadas al **Swiss Bank Co.** Esta resolución fue elevada en consulta al Tribunal Fiscal, de acuerdo a lo establecido por el art. 6o. del D.L. 17355 (1). Es en este contexto que se generan la resolución y el dictamen objeto de este comentario.

2. Comentario

Siendo que el Tribunal Fiscal debía pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre si la tercería interpuesta por el **Swiss Bank Co.** era o no fundada y, por tanto, sobre si la propiedad de las barras de oro había sido o no transferida a **Metales Nobiles S.A.**, interesaba a la actora acreditar fehacientemente su derecho de propiedad sobre aquellas, pues, de lo contrario, podrían terminar siendo rematadas. El **Swiss Bank Co.** prueba que en un contrato de compraventa en términos c.i.f. la propiedad se transfiere con la transferencia de los documentos y que en el caso sub litis no había habido tal cosa. Si bien es cierto que las partes contratantes no habían precisado el momento en que la propiedad sobre las barras debería entenderse transferida, ellas habían ajustado su transacción a términos c.i.f. Por ello, era lógico suponer que aquel momento debería ser el que la práctica ha consagrado; esto es, aquel en el que los documentos de embarque son transferidos al comprador.

En este sentido, la Resolución No. 9174 del Tribunal Fiscal y el Dictámen No. 695 emitido por el Vocal informante, Dr. J. Fernando de La Rosa —ambos transcritos más arriba—, son particularmente

(1) Este dispositivo establece que en los procedimientos coactivos el tercero que alegue la propiedad de los bienes embargados podrá interponer tercería ante el propio Juez coactivo, la misma que será amparada sólo en el caso de presentarse título inscrito en los Registros Públicos o documentos fehacientes no inscritos, en cuyo caso el expediente será elevado al Tribunal Fiscal cuando se trate de tributos, para la apreciación de la prueba.

trascendentes, pues no sólo inician una interesante línea jurisprudencial en nuestro ordenamiento legal, sino que definen —por primera vez, hasta donde ha sido posible investigar— aspectos, en algunos casos discutidos, sobre la transferencia de la propiedad en los contratos de compraventa internacional de bienes muebles.

Resulta significativo que el Tribunal Fiscal, sobre la base de que el Código Civil no tiene “reglas específicas” sobre compraventa internacional, haya tenido en cuenta para resolver los usos y costumbres internacionales en materia de transacciones mercantiles de esta naturaleza, así como las Reglas de Varsovia-Oxford de 12 de agosto de 1932 (2), que no hacen otra cosa que sistematizar y presentar de manera orgánica aquellas prácticas. Este comportamiento se concilia no sólo con la naturaleza eminentemente consuetudinaria del derecho comercial (reconocida por nuestro propio Código de Comercio en sus arts. 2 y 50), sino con las más modernas tendencias interpretativas sobre la materia, así como con los esfuerzos unificadores que en el campo del Derecho del Comercio Internacional se vienen desplegando desde hace ya algunos años por diversas organizaciones en todo el mundo.

De otro lado, el Tribunal Fiscal se pronuncia categóricamente sobre el momento a partir del cual debe entenderse que se transfiere la propiedad en un contrato c.i.f.; esto es, a partir de que se pone al comprador en posesión de los documentos de embarque. Si bien esta definición viene a reiterar lo que ya la costumbre mercantil internacional y diversos textos legislativos y referenciales, así como prestigiosos tratadistas especializados, han dejado establecido, es particularmente importante que al interior de un medio como el nuestro, en el que aspectos de las compraventas internacionales tan importantes como estos carecen de reglamentación legal propia, el problema haya quedado definitivamente resuelto.

La resolución y el dictámen del Tribunal Fiscal objeto del presente comentario recurren, pues, a las Reglas de Varsovia-Oxford para llenar un vacío legislativo, reconociendo en ellas a un instrumento legal de naturaleza referencial que refleja los usos y costumbres internacionales más generalizados en materia de contratación c.i.f. De igual manera podría haberse recurrido para definir otro aspecto del contrato a Incoterms 1953, pues este texto de la Cámara de Comercio Internacional reproduce también aquellas prácticas. (3).

Conviene hacer notar, no obstante, que las partes contratantes no habían referido expresamente su contrato a dichas Reglas ni a ningún otro texto referencial análogo, pues, de haber sido así, el problema relativo a la determinación del momento en que se produciría la transferencia de dominio, entre otros, podría haber sido fácilmente resuelto con sólo examinar las disposiciones de las Reglas (o las del texto citado) sobre el particular, ya que aquellas en ese caso habrían adquirido el carácter de convenios contractuales por haberlas incorporado al contrato las partes.

Sin embargo, el Tribunal Fiscal, reconociéndoles el carácter sistematizador de los usos y costumbres mercantiles sobre la materia que ya se ha dejado anotado, las tiene en cuenta para resolver, adoptando un comportamiento cada vez más frecuente y reconocido en tribunales arbitrales y cortes internacionales. Se pone así de manifiesto el carácter de fuente del derecho que algunos tratadistas (4) les atribuyen a éste y otros textos referenciales similares cuando ellos son utilizados en situaciones análogas a la que ahora se examina.

Asimismo, resulta interesante anotar que si bien el Tribunal Fiscal manifiesta que “... el Código Civil no contempla reglas específicas para la compraventa mediante las que se efectúa el comercio internacional”, podría sostenerse tanto en base a consideraciones de derecho sustantivo interno como de Derecho Internacional Privado, que las reglas generales de la compraventa contenidas en nuestro código

- (2) Estas Reglas fueron preparadas por la International Law Association y en su parte introductoria ellas dicen que: “... están destinadas a ofrecer a aquellos interesados en la compraventa de mercaderías de acuerdo a la cláusula c.i.f., quienes no tienen en el presente una forma de contrato tipo, o condiciones generales asequibles, un medio de adoptar voluntaria y rápidamente una serie de reglas uniformes en sus contratos c.i.f.”. El texto completo de las Reglas de Varsovia-Oxford aparece publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II, p. 1060, bajo la voz “Cláusula C.I.F.”.
- (3) Cámara de Comercio Internacional, Doc. 166. Sin embargo, esta publicación omite, expresamente, pronunciarse sobre la transferencia de propiedad.
- (4) Eisemann, Frederick, Incoterms and the British Export Trade *en* Journal of Business Law, Londres, 1965.

sustantivo no sólo serían plenamente válidas para el contrato que nos ocupa, desde que el Código Civil no hace especificaciones en su articulado respecto de la naturaleza de la compraventa como nacional o internacional y, por tanto, no incluye en aquel ninguna limitación de naturaleza territorial; sino que aún podría sostenerse que determinados artículos

del mismo (847, 1385, 1399 entre otros) aluden, directa o indirectamente, a situaciones de esta naturaleza y, lo que es más, podría afirmarse que la resolución y el dictámen comentados son perfectamente conciliables con lo que nuestro ordenamiento legal establece en materia de compraventa mobiliaria y transferencia de dominio.

ALFREDO OSTOJA L.A.