

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II-19.a)

Inc. 08-2001-M1

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE NECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°12

Lima, quince de mayo
del año dos mil nueve.-

AUTOS y VISTOS: Oído el informe oral a que se contrae la constancia de Vista emitida por Relatoría a fojas 214. Interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Inés Villa Bonilla, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas 201 a 203. Con el Cuaderno de Embargo N° 008-01-1 que se ha tenido a la vista para mejor resolver. Que, es materia de apelación la resolución de fecha veintiocho de noviembre del dos mil siete, que corre de fojas 153 a 155, que ordenó trabar Embargo Definitivo en forma de Retención hasta por la suma de dos mil cuarenta nuevos soles con veintisiete céntimos sobre los ingresos que el sentenciado Manuel Aybar Marca, o Manuel Jesús Aybar Marca, o Manuel Aibar Marca percibe como Coronel de la Policía Nacional del Perú en situación de retiro; y, **ATENDIENDO: PRIMERO.- De las Nulidades deducidas: 1.1.** Mediante escrito de fojas 216 y siguiente, el sentenciado solicita la Nulidad del Concesorio y de la Vista de la Causa. Por el hecho de: *“...no haberse cumplido con elevar el Cuaderno de Embargo completo materia de apelación, [y] asimismo no (...) ha[berse] establecido bajo que efecto se otorga la referida apelación...”* (Ver fojas 216); **1.2.** Siendo una condición previa al pronunciamiento de fondo la constatación de los vicios procesales que puedan eventualmente impedir la emisión válida del mismo, habiéndose formulado la nulidad que se precisa, al respecto cabe significar: **(a)** Que la nulidad, conforme se desprende del artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, sólo procede cuando se verifica una contravención a una garantía jurisdiccional que atañe al debido proceso; siendo que la interposición de aquella, presupone, en principio, la actuación de un acto procesal con transgresión a lo que dispone la normativa procesal; **(b)** Que al haberse proveído los recursos impugnatorios de las partes recurrentes (a fojas 166 y 169), cierto es también que dicha exigencia opera cuando al justiciable no le resulta posible determinar aquella

circunstancia, lo que no ocurre en el presente caso que se encuentra en ejecución de sentencia, supuesto en el que por imperio del artículo 372° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a mérito de su Primera Disposición Complementaria Final, la apelación se concede sin efecto suspensivo; **(c)** Que por otro lado, siendo manifiesta la no idoneidad del supuesto vicio esgrimido (el no acompañamiento al Cuaderno Incidentar de los actuados del Principal que el sentenciado considera debieron haberse anexado), con la nulidad pretendida (Nulidad del acto procesal de la Vista de la Causa), el hecho es que, conforme se ha dado cuenta en los “Autos y Vistos” de la presente resolución, esta Sala a efectos de resolver la Incidencia, solicitó el Cuaderno de Embargo correspondiente al sentenciado Manuel Jesús Aybar Marca para mejor resolver, mediante resolución de fojas 215. **SEGUNDO:**

Delimitación de la pretensión.- 2.1. Fundamento fáctico de la pretensión:

(a) La Parte Civil, de cara a la fundamentación de su petitorio, ha invocado el siguiente antecedente: “...se condenó a Manuel Jesús Ay[b]ar Marca por el delito de asociación ilícita para delinquir, fijando la reparación civil en la suma de 1´000,000.00 (un millón de nuevos soles) que debe pagar conjuntamente con sus co-sentenciados a favor del Estado...” (Ver fojas 149) [Según Sentencia de fecha 15 de diciembre del 2003 (Fojas 32 a 79) y su respectiva Ejecutoria del 02 de agosto del 2004 (Fojas 81 a 106)]; agregando: “...Mediante Oficio N° 1204 – 2007 – DIRECFIN – PNP - DIREJADM.PNP/DIVPROPLA - DEPMASIS de fecha 31 de diciembre del 2007 [se] informó que el citado sentenciado percibe por concepto de combustible la suma de S/. 3,642.59 y por chofer la suma de S/. 939.40...” (Ver fojas 149), concluyendo que “... [a] la fecha los sentenciados no han cumplido con el pago [de] S/. 1´000,000.00 (un millón de nuevos soles) por concepto de reparación civil...” (Fojas 150); **2.2. De**

su Petitorio: **(a)** La Parte Civil ha expresado su pedido en los siguientes términos: “...su Despacho se encuentra facultado para conceder el embargo solicitado a favor del Estado Peruano, por ser parte agraviada en el presente proceso, a fin de que sea indemnizado por los daños causados como sujeto pasivo de la comisión del delito perpetrado en su contra ...” (Ver fojas 150); **(b)** Acorde a lo puntualizado, cabe colegir que, en puridad, el petitorio de la Parte Civil no es otro que el pedido que formula en fase de ejecución de sentencia de que se ordene la satisfacción de la reparación civil a través de las sumas

dinerarias que a la fecha viene percibiendo el sentenciado por concepto de chofer y combustible. **TERCERO: De la resolución impugnada.-**

Fundamentos: La A-Quo emite el pronunciamiento antes reseñado a partir de una fundamentación explicitada en los siguientes términos: **3.1.** “...esta *Judicatura considera que “...[las asignaciones por concepto de chofer y combustible] sin tener (...) naturaleza “remunerativa”, por no ser computables para el pago de beneficios sociales, sin embargo, sí tienen las características remunerativas, por considerarse de libre disponibilidad...”* (Ver fojas 154); **3.2.** “... [E]l Código Penal (...) de manera taxativa establece que “En caso que el condenado no tenga bienes realizables, el Juez señalará **hasta un tercio de su remuneración para el pago de la reparación civil**” (...) siendo así, se tiene que la suma a afectar debe ser igual a la **tercera parte del total de ingresos que el citado sentenciado percibe como Coronel PNP (R) (Pensión de Retiro Renovable, Beneficio de Combustible y Chofer)**, esto es la **tercera parte de seis mil ciento veinte nuevos soles con ocho céntimos que equivale a dos mil cuarenta nuevos soles con veintisiete céntimos**; precisándose que esta afectación se hará en forma mensual teniendo como límite el monto total de la reparación civil...” (Ver fojas 155).

CUARTO: De Los argumentos de las partes.- 4.1. Apelación de la Parte Civil.- Mediante escrito de fojas 162 a 165, fundamenta su apelación en lo siguiente: **(a)** “... La decisión materia de impugnación, nos causa agravio en la medida que la forma cómo se ha realizado el cálculo materia de afectación no ha sido la correcta y por ende el monto de afectación resulta ser sumamente menor al que realmente corresponde por lo establecido expresamente en disposiciones legales...” (Ver fojas 163); **(b)** “... los (...) ingresos (chofer y combustible) no se encuentran dentro del contenido esencial del derecho a la remuneración (y/o pensión); en consecuencia éstos pueden ser afectados en su totalidad ...” (Ver fojas 164); **(c)** Que, “... resulta (...) cuestionable la decisión, (...) los ingresos que el sentenciado recibe por concepto de “chofer” y “combustible”, (...) por disposición expresa de la ley son beneficios y goces y por ende no son pensionables ...” (ver 165); **4.2. Apelación del sentenciado:** Mediante escrito de fojas 167 a 168, sustenta su apelación: “... la resolución apelada no ha sido debidamente motivada toda vez que esta acreditado en autos que se me viene descontando en forma mensual

y por mandato judicial por concepto de pensión alimenticia el sesenta por ciento del total de mis remuneraciones como pensionista de la PNP, esto es, sueldo, combustible, chofer y gratificaciones por todo concepto (...) he sido embargado hasta el monto límite permitido por la Ley, y como es de verse que dicha resolución al no considerar estos fundamentos, atenta contra mis derechos constitucionales...” (Ver fojas 167); **4.3. Del Dictamen del Fiscal Superior:** “...si bien los conceptos de pensión, combustible y chofer constituyen ingreso para el sentenciado, sin embargo resulta equivocado sumarlos para del total, realizar el descuento de las 5 UIT, y sobre el exceso realizar un embargo, porque éste sólo puede hacerse dentro del marco legal y siendo así no puede considerarse como pensión los conceptos de combustible y chofer (porque éstos no tienen carácter pensionable)...” (Ver fojas 203); **QUINTO: Análisis.- 5.1.** Estando a lo reseñado en el Cuarto Considerando se advierte a criterio de esta Sala un equivocado razonamiento en la resolución impugnada habida cuenta que no obstante afirmar la naturaleza jurídica diferente de los ingresos sub-exámene (chofer y combustible) en relación a los ingresos remunerativos, sin embargo les da a los primeros el mismo tratamiento que a los segundos, lo cual revela un contrasentido, puesto que se soslaya que es precisamente la naturaleza jurídica de una categoría o instituto lo que define sus respectivos efectos o tratamiento que le corresponde, no pudiendo, de un lado, afirmarse que los conceptos percibidos por chofer y combustible no son remunerativos y, de otro, aplicar sobre ellos la restricción que opera exclusivamente para las remuneraciones como la que establece el artículo 98° del Código Penal precisamente por detentar dicha naturaleza; **5.2.** A mayor abundamiento al respecto, cabe significar que sobre este tópico, esta Sala ha efectuado un extenso análisis en la resolución emitida en el incidente 27-2002-“K”, su fecha veintinueve de mayo del dos mil siete, en el cual se ha establecido lo siguiente: “...tales conceptos – **chofer** y **mayordomo** – no pueden tomarse como prestaciones pensionables, sea que se reciba la valoración de su costo en efectivo, sea que se pongan a disposición tales servidores, pues no se condice con la pensión como prestación que se recibe del Estado (en los términos de la Sentencia del Tribunal [Exp. N° 0050-2004-AI y otros]) “destinada a cubrir o complementar las insuficiencias propias de ciertas etapas de la vida de las personas, o las que resulten del infortunio

proveniente de riesgos eventuales”, sino como agregado, privilegio, beneficio o goce como honor o consideración al grado militar que el beneficiario haya alcanzado, de ahí que esos conceptos – **lo mismo que el combustible** – no sean percibidos por todo el personal militar en modo uniforme...”; **5.3.** Estando a la fundamentación anterior, lo percibido por concepto de chofer y gasolina, contrariamente a lo señalado por la A-Quo, no tienen la condición de remuneración pensionable; y, por ende, siendo ingresos dinerarios, sí resultan pasibles de servir íntegramente, sin restricción alguna, para el pago de la reparación civil impuesta. **SEXTO:** Sin perjuicio de lo expuesto, cabe significar que esta Sala, ya en el ámbito de los efectos prácticos de la presente resolución, no puede soslayar la Constancia de fecha 12 de marzo del 2009 (fojas 218) emitida por la Dirección de Economía y Finanzas de la Policía Nacional del Perú en el que se advierte que estas sumas percibidas por concepto de chofer y combustible se encuentran a la fecha afectas al pago de una obligación de pensión alimenticia que cubre la suma de S/. 3,278.36 por Combustible y S/. 958.15 por Chofer, quedando un remanente de S/. 360.00 por el primero y S/. 102.42 por el segundo, saldos de libre disponibilidad sobre los que debe recaer la retención que pretende la Procuraduría como pago de la reparación civil. **SETIMO:** En lo concerniente a la apelación del sentenciado (Ver parágrafo § 4.2), en el sentido de que la resolución impugnada es inválida (indebidamente motivada) porque decreta embargo sobre ingresos ya afectados al pago de una obligación (pensión alimenticia); al respecto, cabe remitirnos a lo establecido por esta Sala en el Sexto Considerando, en que se ha diferenciado, de un lado, la plena legalidad de la afectación íntegra de los conceptos de chofer y combustible para el pago de la reparación civil, y de otro, la exigencia legal de respetar la prelación en la cobertura a través de dichos conceptos de la obligación antes referida. Por estas consideraciones: **DECLARARON Que los conceptos que percibe el sentenciado Manuel Aybar Marca, o Manuel Jesús Aybar Marca o Manuel Aibar Marca por chofer y combustible no tienen la calidad de remuneración, por lo que pueden ser embargados en su totalidad; también DECLARARON: INFUNDADA la Nulidad deducida contra el Concesorio y la Vista de la Causa de la presente Incidencia precisada en el Primer Considerando; y REVOCARON la resolución recurrida de fecha 28 de noviembre del 2007,**

que corre de fojas 153 a 155, que ordenó trabar Embargo Definitivo en forma de Retención hasta por la suma de dos mil cuarenta nuevos soles con veintisiete céntimos sobre los ingresos que el sentenciado Manuel Aybar Marca, o Manuel Jesús Aybar Marca o Manuel Aibar Marca percibe como Coronel de la Policía Nacional del Perú en situación de retiro; **DISPUSIERON:** Se proceda a la **RETENCION** de los percibos que se indican en el Sexto Considerando, observando la prelación aludida en este último y el Séptimo Considerando; en los seguidos en ejecución de la sentencia que condenó al antes nombrado por los delitos contra la Tranquilidad Pública – Asociación Ilícita para Delinquir – y contra la Función Jurisdiccional – Encubrimiento Personal, en agravio del Estado. Debiendo procederse a la devolución del cuaderno de embargo que se tuvo a la vista para mejor resolver. Notificándose y los devolvieron.-