Lima, quince de octubre de dos mil catorce.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los encausados Edwin Javier Gavilán Montesinos y Marcos Hernán Villarreal Tapia, el representante del Ministerio Público y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –en condición de Parte Civil– contra la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2012, obrante a folios 4123 y siguientes, que absolvió de la acusación fiscal a Vilma Angélica Gavilán Montesinos, por el delito de Defraudación Tributaria, en agravio del Estado, y que condenó a Edwin Javier Gavilán Montesinos y Marcos Hernán Villarreal Tapia, como autores del delito de Defraudación Tributaria en la modalidad de deducción de gastos y/o costos falsos y obtención indebida de crédito fiscal, en agravio del Estado, y le impuso por mayoría a Edwin Javier Gavilán Montesinos cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, y a Marcos Hernán Villarreal Tapia por unanimidad cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años; además fijó 1000 días multa en el caso del primero y 730 para en el caso del segundo sentenciado, inhabilitación por el término de un año, y fijó en cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de la parte agraviada, sin perjuicio de devolver el monto del tributo dejado de pagar en forma solidaria con los intereses legales correspondientes. De conformidad, en parte, con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviene como ponente la señora jueza Suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

Primero. Agravios planteados en los medios impugnatorios. El Fiscal Superior en su recurso impugnatorio solicita la nulidad del extremo absolutorio, además del incremento del *quantum* punitivo impuesto a los referidos

condenados Gavilán Montesinos y Villarreal Tapia. Sobre el extremo absolutorio sostiene que ha quedado acreditada la responsabilidad de la encausada Vilma Angélica Gavilán Montesinos con el informe de presunción de delito emitida por el órgano administrador del tributo, mediante el cual se acredita que la referida encausada tenía la condición de representante legal y gerente general de la empresa Grupo Gavilán Hnos. S.A. en el año 2004, y juntamente con sus coacusados, simularon operaciones comerciales, como la adquisición de bienes y/o servicios, con la finalidad de obtener un beneficio tributario, tanto en el IGV como en el Impuesto a la Renta, dado que su función era la de recibir la mercadería de los presuntos proveedores de arroz pilado, brindando una información errada a la SUNAT. Respecto al extremo del *quantum* de la pena el Fiscal Superior alega que no se ha dado una debida valoración de los elementos tomados en cuenta en la determinación judicial de la pena, como los medios empleados, como lo fue la simulación de operaciones comerciales que permitieron que los encausados gocen de un beneficio tributario indebido; la extensión del daño o peligro causado, en este caso el perjuicio fiscal ascendió a 10 032,061.00, nuevos soles, monto considerable que pone en riesgo el sistema que sustenta el Estado; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, en este caso los encausados aprovecharon los cargos que ostentaban dentro de la empresa para declarar comprobantes de pago con operaciones no reales; los móviles y fines, tenían como finalidad eludir el pago de los tributos; la unidad o pluralidad de los agentes, se coludieron ambos para defraudar al fisco; y la confesión sincera antes de haber sido descubierto, los encausados no pueden ser beneficiados con una pena por debajo del mínimo legal, pues estos a lo largo del proceso han negado su responsabilidad en los cargos atribuidos por el Ministerio Público.

1.1. La Parte Civil en su recurso impugnatorio solo cuestiona el extremo absolutorio y solicita la realización de un nuevo juicio oral, alega una

indebida valoración del caudal probatorio. Refiere que el Tribunal Superior no ha tomado en cuenta que la encausada tenía funciones sobre el manejo económico de la empresa, como la facultad otorgada por la Junta General de accionistas para actuar en nombre y representación del Grupo Gavilán Hermanos S.A. y como tal suscribía todos los documentos públicos y privados necesarios para formalizar diversos acuerdos, como los aumentos de capital y la transferencia de acciones; asimismo, era la encargada de recepcionar y dar la conformidad del arroz comprado, esta actividad implicaba recibir las facturas de proveedores, facilitando su ingreso a la empresa, siendo que después los presuntos proveedores desconocieron haber comercializado arroz con la empresa; además, que la encausada estaba vinculada a otras empresas del mismo grupo familiar.

1.2. La defensa del encausado Marcos Hernán Villarreal Tapia en su recurso impugnatorio solicita la nulidad del fallo condenatorio y la absolución de los cargos en su contra. Cuestiona que haya sido comprendido en el presente proceso, pese a tener la condición de cómplice primario, y como tal no le alcanza responsabilidad penal por el delito imputado, pues el sujeto activo debe tener la condición de deudor tributario, hecho que no alcanza al cómplice primario. Asimismo, refiere que erróneamente ha sido considerado como representante legal en base a dos cartas poder, no obstante dichos documentos no lo dotan de tal facultad. Agrega, que la configuración de consumación de este delito no requiere de la intervención indispensable de un cómplice. Finalmente, cuestiona que no se haya comprendido en el proceso a José Santa María, pese a que ha sido sindicado por haber ejecutado acciones similares a las imputadas a su patrocinado.

La defensa del encausado Gavilán Montesinos en su recurso impugnatorio solicita la nulidad del fallo condenatorio y la absolución de los cargos formulados en su contra. Alega una indebida valoración del caudal probatorio, y la falta de elementos de cargos para sustentar la decisión del

Tribunal Superior. Refiere que no está acreditado el perjuicio al Estado, pues si bien existe un informe por parte de la SUNAT, también existe un informe contable de parte que rebate dicho informe, esto trajo que los jueces ordenaran una nueva pericia contable, pese a ello, no se ha cumplido con llevar a cabo dicho mandato. Asevera que el porcentaje de utilidades en el rubro de la comercialización de arroz los márgenes no son muy altos. Afirma, que los testigos no han podido ratificar su versión inicial, como el caso de Juan Carlos Santisteban Cueva, mientras que Lorenzo Ceña Guevara reconoció que la SUNAT le sufragó los gastos para su traslado para que pueda declarar en el juicio, este hecho descalifica la imparcialidad de su declaración.

Segundo. Marco Incriminatorio. Conforme a los términos de la acusación escrita se atribuye a los encausados Edwin Javier Gavilán Montesinos, Vilma Angélica Gavilán Montesinos (en calidad de autores) y Marcos Hernán Villarreal Tapia (como cómplice) haber defraudado al fisco bajo la modalidad de deducción de gastos y/o costos falsos y obtención indebida de crédito fiscal. Esto tras el proceso de fiscalización ejecutado por la SUNAT se determinó que la empresa contribuyente Grupo Gavilán Hermanos Sociedad Anónima [conformado por los hermanos Gavilán Montesinos quienes tenían la condición de socios y gerentes y Villarreal Tapia era el asesor contable], realizaba operaciones gravadas consistentes en el transporte de carga por carretera, reproceso de arroz pilado y ventas no gravadas de arroz pilado; es así, que el contribuyente no pudo acreditar ni precisar los lugares donde se realizaron las compras, y tampoco indica donde se realizaban las entregas de mercadería; determinándose que las personas mencionadas como proveedores como Juan Carlos Santisteban Cueva, Celestino Santisteban Llontop, Israel Vela Vilca, Elvis Medina Yovera, Luis Ramos Chalan Santamaría, Felicita María Namuche Choquehuanca y Lorenzo Ceña Guevara, no tendrían tal condición y las operaciones comerciales no

habrían sido realizadas por estas personas; por lo que, los comprobantes de pago registrados dentro de su contabilidad corresponderían a operaciones no reales. Estos operaciones fueron ingresados a su sistema contable, por ende utilizadas en sus declaraciones juradas ante la SUNAT, ocultando sus verdaderos ingresos, generando un crédito indebido en el IGV en los meses de setiembre a diciembre de 2003 y de enero a octubre de 2004, además del impuesto a la renta por los ejercicios fiscales 2003 y 2004, conductas con las cuales los procesados ocasionaron un perjuicio económico al Estado.

FUNDAMENTOS

Tercero. En el presente caso, luego de la revisión y análisis de autos, se aprecia que tanto el delito y la responsabilidad penal de los encausados Edwin Javier Gavilán Montesinos (en su condición de autor) y Marcos Hernán Villarreal Tapia (en su condición de cómplice), se encuentran debidamente acreditados con el Informe de Presunción de delito de defraudación tributaria, elaborada por el ente administrador del tributo, que concluyó que los referidos encausados, el primero, en su condición de gerente general y representante legal de la empresa "Grupo Gavilán Hnos. Sociedad Anónima", y el segundo como asesor contable, implementaron un mecanismo defraudatorio del fisco, todo con la finalidad de obtener un crédito fiscal indebido, para ello ingresaron a la contabilidad de la empresa en referencia comprobantes de pago de adquisiciones no reales, logrando ocultar sus verdaderos ingresos. Para lograr este fin, aprovecharon la necesidad laboral y captaron a diferentes personas, a quienes condicionaban su ingreso a la empresa, previa obtención de su RUC, para luego utilizarlos como falsos proveedores, es así, que una vez obtenida la autorización e impresión de los comprobantes de pago, estos eran utilizados para consignar las diversas operaciones falsas; posteriormente esta información irreal era ingresada a la contabilidad de la empresa, por ende,

las declaraciones juradas se vieron afectadas y los montos consignados no fueron reales, esto trajo como consecuencia el ocultamiento de sus verdaderos ingresos, tanto del IGV como del Impuesto a la Renta, generando un perjuicio económico total ascendente a S/. 12 535 213.00 nuevos soles. Este Informe fue ratificado en el juicio oral por la auditora Gloria Bazán Portocarrero.

Cuarto. Que dicho informe cobra fuerza acreditativa con las declaraciones de los presuntos proveedores en el plenario quienes describieron la forma como los encausados operaban para lograr darle visos de legalidad a las operaciones fraudulentas; así tenemos, que Juan Carlos Santisteban Cueva, Celestino Santisteban Llontop, Luis Ramos Chalan Santamaría, Felicita María Namuche Choquehuanca y Lorenzo Ceña Guevara, coinciden en señalar que nunca mantuvieron ningún tipo de transacciones comerciales con la empresa "Grupo Gavilán Hermanos S.A.", sino que únicamente han sido trabajadores informales de la misma, percibiendo por sus labores como estibadores u obreros, sueldos que fluctúan entre los S/. 600.00 y S/. 700.00 nuevos soles mensuales; además, señalaron que no poseen terrenos de sembríos de arroz, ni capacidad económica para justificar cualquier operación comercial con la empresa en cuestión. También niegan haber sido intermediarios de agricultores para la venta de arroz pilado, y narran todos ellos con detallada precisión la forma en que fueron conminados a solicitar su RUC, siendo incluso trasladados por los mismos encausados para que inicien los trámites de los mismos, quienes se encargaban de obtener el domicilio fiscal, para luego quedarse con los comprobantes de pagos; asimismo, los referidos testigos refieren que los encausados los obligaban a firmar facturas y cheques, como presuntos proveedores, e incluso eran conducidos hasta entidades bancarias para que realicen retiros y depósitos de montos de dineros en otras cuenta de empresas vinculadas con el cuestionado Grupo Empresarial. Se aúna también como elemento de cargo,

la pericia de grafotecnia de folios 1993, la misma que concluye que los textos manuscritos de 50 facturas, pese a que pertenecen a los diferentes proveedores, provienen del mismo puño escribiente; en ese mismo sentido, concluyó la pericia de folios 2058, esta información nos lleva a colegir de lo irreal de las operaciones consignadas en las mismas, pues resulta imposible que una sola persona pueda llenar los comprobantes de pago de distintos proveedores. Se cuenta también, con la declaración de la testigo Susety Katherine Rosales Larrea, ex trabajadora de la empresa, a nivel judicial admitió haber llenado con su puño y letra algunas de las facturas supuestamente emitidas por los proveedores por indicación de los encausados recurrentes. Es así, que se puede colegir, que los recurrentes premeditaron la forma de ingresar a la contabilidad de la empresa información falsa, con operaciones no reales, logrando obtener un crédito fiscal indebido, y un perjuicio económico al Estado; por lo que, la responsabilidad de ambos encausados recurrentes se encuentra debidamente acreditado.

Quinto. La defensa del encausado Edwin Gavilán Montesinos dentro de sus agravios también sostiene que el perjuicio al Estado no se encuentra acreditado y cuestiona que no se haya llevado a cabo una nueva pericia, esto como consecuencia de que rebate las conclusiones del informe elaborado por la SUNAT; sin embargo, se advierte que esta pericia de parte adolece de deficiencias en su elaboración, esto como consecuencia de que solo tomó en cuenta un número mínimo de comprobantes de pago (20 facturas) para su evaluación, cuando el universo de facturas, por el tiempo del fraude, superan los 500 comprobantes de pago; por lo que, resulta evidente que las conclusiones entre una y otra van a diferir notablemente; cabe recordar, que la SUNAT ha elaborado su informe en base a la información proporcionada y declarada por la empresa en cuestión, logrando determinar una diferencia considerable entre los montos

declarados en el ejercicio fiscal correspondiente a los años 2003 y 2004 por la empresa, esto como consecuencia de la utilización de los cuestionados comprobantes de pago; asimismo, cabe señalar, que en ningún momento se cuestionó la veracidad de las facturas utilizadas, sino más bien, las operaciones comerciales que fueron consignadas en ellas, y que se ha demostrado que eran transacciones comerciales irreales, esto como consecuencia, de que los encausados procuraron darle visos de legalidad a estas operaciones, logrando primero que sus empleados obtengan su RUC de forma legal, para luego obtener la autorización para las impresiones de los comprobantes de pago, y quedarse con estos para ser utilizado en las ficticias operaciones. De otro lado, la defensa también alega que el monto determinado por la SUNAT no se condice con los porcentajes de utilidades que se obtiene como consecuencia de la comercialización de arroz pilado; sin embargo, este argumento no exime a los encausados de su responsabilidad penal en los hechos atribuidos, pues conforme a las pruebas glosadas, se ha podido determinar el monto defraudado al fisco y la participación de los encausados en este fraude, pues cabe recordar que el giro comercial no solo era la venta de arroz pilado, sino que también comprendía el transporte y reproceso del arroz, a esto se aúna la cantidad de trabajadores que manejaba la empresa y el movimiento económico que registraba anualmente; por lo que, resulta intranscendente el monto de las utilidades que percibía. Finalmente, respecto al cuestionamiento del cambio de versión del testigo Juan Carlos Santisteban Cueva y la presunta parcialidad de la declaración del testigo Lorenzo Ceña Guevara, cabe señalar, que la responsabilidad de los recurrentes no solo se centran en las declaraciones de estos dos testigos, sino de una valoración conjunta del caudal incriminatorio descrita en los considerandos precedentes; sin embargo, la retractación de Santisteban Cueva a la cual hace referencia, fue una declaración prestada ante la SUNAT y con fecha anterior a la versión

incriminatoria proporcionada ante el mismo ente recaudador, siendo falso que sea una prueba llevada a cabo en la etapa judicial; y respecto de la parcialidad de Ceña Guevara esto resulta ser solo un argumento de defensa, al no haberse podido acreditar lo alegado.

Sexto. Sobre los agravios propuestos por la defensa del encausado Marcos Hernán Villarreal Tapia, es de tener en cuenta que el delito de defraudación tributaria es un delito especial propio, en el que la autoría se sustenta en el titular de la persona jurídica (deudor tributario), la que se extiende, por imperio del artículo 16, inciso 2, del Código Tributario a sus representantes legales. Por otro lado, también es un delito especial de infracción de deber con elementos de dominio, en cuya virtud las consideraciones institucionales son determinantes a estos efectos [deber de tributar], a las que sin embargo debe tomarse en cuenta también competencias por organización de los intervinientes en su comisión en la medida que se exige una conducta fraudulenta que lleva al incumplimiento de la ordenación del régimen tributario[1] [no es un delito de pura infracción de deber]. Esto último, permite mantener la unidad de título de imputación de los *extraneus*. El tipo delictivo se constituye, entonces, por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes tributarios y la producción de un perjuicio, es decir, que para estos delitos se admite la participación del *extraneus*, si bien no ostenta esa obligación especial, puede ingresar como partícipe (a título de inductor o cómplice). Es así, que en el presente caso, se ha podido acreditar que el recurrente era parte del engranaje establecido por su coencuasado Gavilán Montesinos para lograr defraudar al fisco, siendo su colaboración esencial, tanto en la fase inicial destinada a la obtención de la documentación con las operaciones falsas, como en la fase de conocimiento al ente recaudador, conforme ha quedado acreditado

[1] Percy García Cavero: Derecho Penal Económico Tomo II, Grijley, Lima, dos mil siete, página seiscientos siete

con el informe de presunción del delito y los declaraciones de los testigos antes glosados. Finalmente, alegar la omisión de incluir a un tercero en el proceso, ello no puede constituir un argumento que enerve la responsabilidad del encausado.

Séptimo. Sobre los agravios del quantum punitivo. En relación al *quantum* de la pena, es de tener en cuenta, que en nuestro ordenamiento jurídico penal para determinar e individualizar la pena exige que se tomen en consideración los diversos criterios que establecen los artículos 45° y 46° del Código Penal; que en el primero, se prevén las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, mientras que en el segundo, se contempla los factores para la medición o graduación de la pena, a los que se recurre atendiendo a la responsabilidad y gravedad del injusto cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de su culpabilidad.

7.1. En ese orden, respecto de la pena fijada para el encausado Edwin Javier Gavilán Montesinos, se advierte que el Tribunal Superior no efectuó una debida motivación para justificar la pena suspendida, y los motivos por los cuales descartó la posibilidad de la pena efectiva, ello en atención, a que no se trata de un reo primario, conforme al certificado de antecedentes penales de folios 3568, además, que también debe tenerse en cuenta su condición de autor, y el principio de lesividad, en este caso, el daño al fisco asciende a S/. 12 535 213.00 nuevos soles, monto considerable que ocasiona un grave perjuicio al Estado; asimismo, las circunstancias y la modalidad empleada por el encausado, en este caso, realizó diversas acciones para lograr darle legalidad a las falsas operaciones comerciales, para lo cual, se valió de tercera personas de escasos recursos económicos (sus propios trabajadores) con la finalidad de que fungieran de presuntos proveedores; finalmente, su actitud procesal, el mismo que viene negando los cargos

atribuidos desde el inicio del proceso; por lo que, no existe atenuante alguna para impedir la imposición de una pena efectiva, que debe ser proporcional a la entidad del injusto y a la culpabilidad por el hecho típico.

7.2. Respecto a la pena impuesta a Edwin Hernán Villarreal Tapia, cabe señalar, que en este caso se encuentra debidamente justificada la pena suspendida, en atención, a que además de sus condiciones personales, se tiene que este tiene la condición de "cómplice" en los hechos delictivos, además de tratarse de reo primario, esto sumado al principio de proporcionalidad, dicho extremo debe confirmarse.

Octavo. Respecto al extremo absolutorio. Los agravios planteados tanto por el Fiscal Superior y la defensa de la Parte Civil orientados a cuestionar la decisión absolutoria a favor de Vilma Angélica Gavilán Montesinos, se centran en alegar la evidente vinculación que tenía la referida encausada con la empresa en cuestión, y los medios de prueba que acreditan su participación en el fraude fiscal; sin embargo, como bien lo establece la sentencia, no se ha podido acreditar, con elementos de prueba útiles y conducentes, que la encausada haya tenido la conducción material de la empresa, pues al margen, que obtuvo el traspaso de una mayor parte del accionariado en febrero de dos mil cuatro, llegando inclusive a tener la condición de gerente de la misma en octubre del mismo año, lo real es, que la persona encargada de la conducción de la empresa en todo el tiempo de la fiscalización tributaria, ha sido su coencausado Edwin Javier Gavilán Montesinos, conforme a las declaraciones de los testigos, quienes no han podido identificar a la absuelta en algunas de las fases comisivas del delito, como fue la captación de los obreros que servían de proveedores, los trámites ante la SUNAT, las impresiones de los comprobantes de pago, las emisiones de los mismos, los cobros de cheques, y la presentación de las declaraciones juradas; por lo que, cabe la posibilidad que la encausada no haya tenido conocimiento del fraude fiscal.

Es así que de los fundamentos glosados se advierte que los elementos de cargo propuestos por el Fiscal Superior no tiene fuerza acreditativa que supere el estándar probatorio más allá de toda duda razonable, con entidad suficiente para desvirtuar el estatus de inocencia de la encausada Vilma Angélica Gavilán Montesinos, respecto de los cargos atribuidos, quien desde la etapa preliminar alegó inocencia de forma persistente y uniforme, negando cualquier acto de manejo o dirección de la empresa cuestionada, razones por las cuales la presunción de inocencia de ambos imputados –prevista en el apartado e), del inciso veinticuatro, del artículo dos, de la Constitución Política del Estado–, se mantiene incólume; deviene, por tanto, la absolución de la encausada.

DECISIÓN

Fundamentos por los cuales, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2012, obrante a folios 4123 y siguientes, que absolvió de la acusación fiscal a Vilma Angélica Gavilán Montesinos, por el delito de Defraudación Tributaria, en agravio del Estado, y que condenó a Edwin Javier Gavilán Montesinos y Marcos Hernán Villarreal Tapia, como autores del delito de Defraudación Tributaria en la modalidad de deducción de gastos y/o costos falsos y obtención indebida de crédito fiscal, en agravio del Estado, y fija a Marcos Hernán Villarreal Tapia cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conductas; y fijó 1000 días multa en el caso del primero y 730 para en el caso del segundo sentenciado, inhabilitación por el término de un año, y fijó en cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de la parte agraviada, sin perjuicio de devolver el monto del tributo dejado de pagar en forma solidaria con los intereses legales correspondientes; y declararon: **HABER NULIDAD** en el extremo de la pena impuesta a Edwin Javier Gavilán

Montesinos a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, sujetos a reglas de conducta; y **REFORMÁNDOLA** le impusieron cinco años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que deberá efectuarse el computo al momento de su captura. **ORDENARON:** se cursen los oficios a las autoridades correspondientes para la inmediata ubicación y captura del referido Edwin Javier Gavilán Montesinos; con lo demás que contiene y los devolvieron. Interviene

S.S.

VILLA STEIN

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

CEVALLOS VEGAS

EBA/wpm

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

13 JUL 2015