

# CASO: Comunicore

---



**SEDE JUDICIAL CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA:**

Décimo Segundo Juzgado Penal con Reos Libres.

Materia Colusión Desleal, Malversación de Fondos y Falsificación de Documentos Públicos (Expediente Nº: 34432-10).

**AGRAVIADO EL ESTADO:**

Municipalidad de Lima y SUNARP.

**INVESTIGADOS:**

1. Ángel Pérez Rodas
2. Juan Blest García
3. Carlos Chávez Málaga
4. Carlos Asmat Dyer
5. Ulises Merino Rojas
6. Odilon Amado Junior
7. Miguel Garro Barrera
8. Guillermo Palacios Dodero
9. Rafael Ruiz Contreras
10. Henry Brachowicz
11. Sergio Guerra Castillo
12. Daniel Arias Donayre
13. José Pinillos Broggi
14. Joule Vila Vila
15. Gonzalo Noya Mesones

**DESARROLLO PROCESAL**

Formalización de denuncia de la Primera Fiscalía Provincial Penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios de fecha 9 de diciembre de 2010. Auto de procesamiento del Décimo Segundo Juzgado Penal de fecha 14 de enero de 2011. Resolución impugnada por la Primera Fiscalía Provincial Penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios. Los autos están pendientes de resolución en la Segunda Sala Penal.

El 14 de setiembre de 2011, la Sexta Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la resolución que ordenó no abrir instrucción contra el ex alcalde Oscar Luis Castañeda Lossio. La resolución dispuso su inclusión en la investigación.

El 6 de enero de 2012, la defensa de Luis Castañeda Lossio interpuso una demanda de Habeas Corpus contra la resolución de la Sexta Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima que ordenó abrir instrucción contra Castañeda, alegando la supuesta vulneración del Principio Acusatorio y del derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales. El 30 de enero de 2012, el Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima declaró infundada la demanda. De igual modo, el 11 de abril de 2012 la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia anterior y declaró nuevamente infundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus. El 23 de agosto de 2013 el Tribunal Constitucional emitió sentencia, declarando fundada la demanda presentada por la defensa de Castañeda.

Sin embargo, el 22 de julio de 2013 la Sexta Sala Penal con Reos libres había emitido resolución en el extremo concerniente a la excepción de naturaleza de acción deducida por el ex alcalde de Lima Luis Castañeda Lossio, confirmando el auto de 28 de diciembre de 2012 que declaró fundada dicha excepción. En este sentido, se confirmó la exclusión de Castañeda Lossio del proceso penal.

## HECHOS

Se atribuye a los investigados el haber participado ilícitamente en el pago de una deuda, que se determinó en sede arbitral, entre la Municipalidad de Lima y la empresa **Relima**. Se cuestiona la forma y el monto de la acreencia, que al final se terminó pagando a la empresa **Comunicore**. De igual forma, la constitución de ésta última y su participación, a través de sus representantes, en el pago antes referido, son materia del presente proceso penal.

## **CASO COMUNICORE**

---

### **Crónica judicial**

Mayo 2011

---

<b>Sede Judicial:</b>	Corte Superior de Justicia de Lima: Décimo segundo Juzgado especializado en lo penal
<b>Materia:</b>	Colusión Desleal, Malversación de Fondos y Falsificación de documentos (expediente 34432-10)
<b>Agraviado:</b>	El Estado.
<b>Investigados:</b>	Ángel Pérez Rodas Juan Blest García Carlos Chávez Málaga Carlos Asmat Dyer Ulises Merino Rojas Odilon Amado Junior Miguel Garro Barrera Guillermo Palacios Dodero Rafael Ruiz Contreras Henry Brachowicz Sergio Guerra Castillo Daniel Arias Donayre José Pinillos Broggi Joule Vila Vila Gonzalo Noya Mesones
<b>Etapas Procesales:</b>	Investigación Judicial: el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal con fecha 14 de enero del año 2011, conforme al art. 77° del Código de Procedimientos Penales, resolvió abrir instrucción en la vía ordinaria.

---

## **CRONICA JUDICIAL: Caso Comunicore**

### **I HECHOS:**

De acuerdo con la denuncia de la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de 9 de diciembre de 2010, y el auto de apertura de instrucción del Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal, de 14 de enero de 2011, existen indicios que darían cuenta de los hechos que se describen a continuación, los mismos que han justificado la investigación judicial por la supuesta realización de los delitos de *malversación de fondos* y *colusión desleal* por parte de funcionarios de la Municipalidad de Lima y otras personas particulares vinculados a aquélla.

Hasta el año 1996 el servicio de limpieza pública de la Municipalidad de Lima estaba a cargo de la empresa de derecho público denominada Empresa de Servicios Municipales de Limpieza de Lima (ESMILL). Ese mismo año, la gestión edil de aquel entonces decidió tercerizar el servicio de limpieza pública de Lima por lo que procedió a disolver la referida empresa y convocar a un proceso de licitación pública a nivel internacional para seleccionar a la empresa encargada del servicio de limpieza general de la ciudad. Este proceso fue ganado por el consorcio Vega Upaca S.A. (Relima) el cual firmó el contrato de concesión de servicio de limpieza con la Municipalidad de Lima el 25 de octubre de 1995, dando inicio a sus labores el 1 de julio de 1996. No obstante lo indicado, a muy poco de haber empezado a ejecutarse el contrato de limpieza, entre las partes surgió un desacuerdo respecto del pago del Impuesto General a las Ventas (IGV)<sup>1</sup>: Relima aducía que el monto del servicio prestado a la Municipalidad de Lima no incluía el IGV y la Municipalidad de Lima argumentaba lo contrario. Por ello, Relima no había incorporado a sus facturas el monto correspondiente al pago del IGV.

La controversia se solucionó, tal como estaba previsto en el contrato de concesión, en un tribunal arbitral, el mismo que con fecha 1 de julio de 1998 dispuso que el IGV fuera pagado en forma equivalente tanto por Relima como por la Municipalidad de Lima. Para tal efecto, la Municipalidad de Lima tendría que habilitar las previsiones presupuestales necesarias, y Relima debía adicionar a sus boletas emitidas un recargo del 9% del total del monto cobrado por los servicios de limpieza pública de la ciudad. Sin embargo, no obstante la existencia de un laudo arbitral firme, ni Relima ni la Municipalidad de Lima actuaron conforme a lo resuelto en sede arbitral. Relima no incorporó a sus facturas el porcentaje del IGV hasta diciembre del 2004, y tampoco la Municipalidad de Lima realizó las previsiones del pago parcial del IGV.

Luego de una serie de negociaciones, principalmente entre el ahora procesado Miguel Angel Garro Barrera (gerente administrativo y financiero de Relima) y Juan Blest García (gerente financiero de la Municipalidad de Lima), el 2 de noviembre de 2005 se llegó a un acuerdo sobre el monto que la Municipalidad de Lima adeudaba a RELIMA por concepto del 9% al que hacía referencia el laudo arbitral, el mismo que ascendía a S/. 35'941.93 nuevos soles, pagaderos en el plazo de 10 años. Además, se acordó la alternativa de prepago en cualquier período, sin recargo alguno, cuando así lo permitiera la condición financiera de la Municipalidad. Así convenido, el 19 de diciembre del año 2005 y a solicitud de la Municipalidad, Relima hizo llegar a su deudor 10 facturas por un monto que ascendía a la deuda establecida (S/. 35'941.93 nuevos soles).

---

<sup>1</sup> De acuerdo con el artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley de Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por el Decreto Supremo N° 055-99-EF, este tributo grava, entre otras operaciones, la prestación de servicios que una persona o empresa realiza para otra y por la cual percibe retribución o ingresos.

Sin embargo, al día siguiente de enviar las facturas, esto es, el 20 de diciembre de 2005, el consorcio Vega Upaca (Relima) celebró un contrato de cesión de derechos a favor de Comunicaciones y Representaciones S.A. (Comunicore) por el monto (menor a la deuda original) de S/. 14'635,000.00 nuevos soles. Dada la naturaleza privada de este contrato, la deuda de la Municipalidad de Lima permaneció siendo la misma, es decir, S/. 35'941.93 nuevos soles.

Una vez informada de esta cesión de la acreencia, la Municipalidad de Lima, representada por su gerente de finanzas Juan Blest García, celebró un *"convenio de deuda"* con el nuevo acreedor, representado por su presidente de directorio Rafael Ruiz García (Comunicore). Tal acuerdo se firmó el 2 de enero de 2006, un día no laborable para la administración pública. Sin embargo, según la fiscalía, tal convenio fue negado por el señor Blest García, al momento de rendir su declaración ante la oficina de control institucional de la Municipalidad de Lima, no obstante haber adjuntado dicho documento ante la SUNAT.

Si bien la Municipalidad, como se ha mencionado, contaba con 10 años para cancelar la deuda a favor de Comunicore, la deuda se pagó en un plazo aproximado de cinco semanas. En efecto, el primer pago se realizó a menos de dos semanas de la cesión de derechos, esto es, el 3 de enero de 2006 con un depósito de S/. 3'842,641.02 nuevos soles. Al día siguiente, se pagó S/. 19'380,039.47 nuevos soles, y así sucesivamente hasta el día 10 de febrero de 2006, fecha en la que se canceló la totalidad del monto convenido, además del reembolso que la Municipalidad de Lima hizo a favor de Comunicore por el cobro de una factura de pago vía *confirming* ascendente a S/. 165,754.06 nuevos soles. Cabe precisar que, de acuerdo con la denuncia fiscal, los costos de esta operación financiera corresponden al beneficiario de la transacción bancaria, es decir a Comunicore (no a la Municipalidad de Lima).

Las partidas presupuestales que se utilizaron para el pago a Comunicore fueron tres: 1) recaudación tributaria, 2) pago de sentencias judiciales y laudos, y 3) saldo de reestructuración de deudas del sistema bancario. Sin embargo, sólo la primera partida presupuestaria estaba destinada para el pago de la deuda, siendo que las dos restantes recién fueron aprobadas por el concejo metropolitano, en marzo y junio de 2006 respectivamente, es decir, en fecha posterior a la utilización de los fondos. Es de resaltar que, posteriormente a que la Municipalidad de Lima pagara la deuda de S/. 35'941.93 nuevos soles a Comunicore, esta empresa recién pagó el precio acordado con Relima por la cesión de los derechos de acreencia (S/. 14'635,000.00 nuevos soles), siendo éste un monto muy inferior al valor de la acreencia original (S/. 35'941.93 nuevos soles).

Es necesario acotar que, de acuerdo con los informes periciales realizados por la SUNAT, la Contraloría General de la República y otros, recabados en la investigación fiscal, se logró determinar la existencia de algunas facturas que irregularmente pretendían sustentar el monto de la deuda de S/. 35'941.93 nuevos soles que finalmente cobró Comunicore. Estos informes periciales permitieron que la Municipalidad de Lima, en el 2010, recuperara el irregular excedente de pago vía la emisión de notas de crédito.

### **Sobre la empresa Comunicare**

La empresa Comunicore fue creada en 1995 y en el año 2005 fue adquirida por el señor Miguel Ángel Garro Barrera (gerente administrativo y financiero de Relima). Al momento de la cesión de derechos, Comunicore contaba con cuentas bancarias en el BBVA Banco Continental y en el

Banco de Crédito del Perú; sin embargo, aquéllas no registraban saldo alguno. Se evidencia, entonces, que se trataba de una empresa financieramente inoperativa, al extremo de que sus únicos movimientos bancarios fueron algunos pagos realizados por la Municipalidad de Lima. Siendo esto así, a poco tiempo de haber cobrado la deuda de la Municipalidad de Lima, en concreto el 22 de marzo de 2006, Comunicore renovó su directorio, cuyos integrantes fueron reemplazados, según consta en la investigación fiscal, por personas contratadas, que tienen nulo o escaso nivel de instrucción, además de mencionar que jamás asistieron a una junta de accionistas. Este nuevo directorio acordó el cambio de razón social de la empresa por el nombre Grupo Esaróstica Contratistas Generales S.A., habiéndose constatado la falsificación de la firma del notario que aparece en la escritura pública que registra el supuesto acuerdo.

Finalmente, obra en la investigación fiscal que, una vez cancelada la deuda a favor de Comunicore, funcionarios de la misma empresa contrataron a personas para que, a cambio del pago de S/. 100.00 nuevos soles, cobrasen cheques girados a sus nombres de tal manera que, los interesados en el presunto indebido pago de S/. 35'941.93 soles, pudiesen disponer del dinero en efectivo y el sistema financiero no registrara operaciones sospechosas. Asimismo, la investigación fiscal evidencia que la Municipalidad de Lima renovó el 4 de agosto de 2005 el contrato de servicio de limpieza pública con la empresa Relima, no obstante haber encontrado la inspección de control interno de la Municipalidad serias deficiencias en el servicio de limpieza.

## II LA DENUNCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Primera Fiscalía Provincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios, mediante dictamen fiscal de fecha 9 de diciembre de 2010 resolvió formalizar denuncia penal contra Luis Castañeda Lossio, Ángel Pérez, Juan Blest, Carlos Chávez, Carlos Asmat, Ulises Merino, en calidad de coautores por el presunto delito de **colusión desleal** en agravio del Estado – Municipalidad Metropolitana de Lima; y contra Odilón Amado Junior, Miguel Garro, Guillermo Palacios, Rafael Ruiz, Henry Brachowicz, Sergio Guerra, Daniel Arias, José Pinillos, Joule Vila, Gonzalo Noya, en calidad de cómplices primarios por el mismo delito.

Igualmente se formalizó denuncia contra Luis Castañeda, Juan Blest, Ulises Merino, en calidad de coautores, por el presunto delito contra la administración pública – **malversación de fondos**, en agravio del Estado – Municipalidad Metropolitana de Lima.

Finalmente, la fiscalía denunció a Joule Vila por presunto delito contra la fe pública – **falsificación de documento público**, en agravio del Estado – SUNARP, Mario Tincopa y Augusto Balbín.

Especialmente con relación a Castañeda Lossio, la denuncia fiscal señala que, de acuerdo con la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el alcalde es la máxima autoridad administrativa de la Municipalidad y, entre sus funciones (art. 20º, numeral 15), se encuentra la de autorizar los egresos de conformidad con la ley. De igual modo, según el cuerpo normativo en comentario, la alcaldía metropolitana es el órgano ejecutivo de la Municipalidad de Lima, cuyo titular es el alcalde metropolitano (art. 158º). En este sentido, y para hacer viable la funcionalidad en la administración de la municipalidad, la Ley Orgánica de Municipalidades prevé un sistema de organización gerencial (art. 26º) bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal (art. 27º), funcionario de confianza designado por el alcalde.

Las gerencias que participaron en los hechos que se imputan fueron la Gerencia de Finanzas, la Gerencia de Administración y la Gerencia de Servicios a la Ciudad, todas ellas dependientes de la Gerencia Municipal, cuyo titular, es designado como funcionario de confianza por el alcalde, en este caso por el señor Castañeda Lossio. En este sentido, de acuerdo a la fiscalía, la delegación de competencias o funciones no enerva de responsabilidad a quien la ley autoriza a delegar sus funciones, antes bien, subsiste en aquél el deber de vigilancia sobre sus delegados (art. 68° de la Ley N° 27444, Ley de procedimiento administrativo general).

Por tanto, se atribuye a Luis Castañeda la realización de los delitos de *colusión desleal* y *malversación de fondos* en calidad de coautor por infringir dolosamente el deber de vigilancia, esto es, por infringir un determinado deber de garante que la institucionalidad municipal le atribuye.

Con relación a los demás denunciados la atribución de responsabilidad efectuada por la fiscalía y el auto de instrucción judicial se fundamentan en comportamientos concretos: intervención directa en la decisión (no autorizada según el fiscal) de aplicar recursos públicos para cancelar una deuda de la Municipalidad, o intervención directa en la negociación, suscripción o posterior ejecución de un acuerdo que convino en aceptar y pagar una deuda pública que ascendía a 35'941,464.93 millones de nuevos soles (originada en la obligación de pagar parte del IGV por el servicio de limpieza prestado por la empresa Relima), cuando el acreedor de ésta la transfirió, poco antes de su cancelación, por un monto mucho menor (14'635,000 millones de nuevos soles).

### **III EL AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACION JUDICIAL**

#### **Con relación a los incluidos en la instrucción judicial**

El Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal con fecha 14 de enero del año 2011, conforme al art. 77° del Código de Procedimientos Penales, resolvió abrir instrucción en la vía ordinaria contra los siguientes procesados y por los siguientes delitos:

- 1)** Contra Ángel Pérez, Juan Blest, Carlos Chávez, Carlos Asmat y Ulises Merino, por el delito de *colusión desleal*, en calidad de coautores; contra Odilón Amado, Miguel Garro, Guillermo Palacios, Rafael Ruiz y Henry Brachowicz, por delito de *colusión desleal* en calidad de cómplices primarios; contra Sergio Castillo, Daniel Arias, José Pinillos, Joule Vila y Gonzalo Noya, en calidad de cómplices secundarios, por el delito de *colusión desleal*.
- 2)** Contra Juan Blest y Ulises Merino como autores del delito *malversación de fondos*.
- 3)** Contra Joule Vila como presunto autor del delito de *falsificación de documento público*.

El juez del Décimo Segundo Juzgado Penal fundamenta la apertura de instrucción contra los funcionarios y personas mencionadas en los mismos argumentos propuestos por la fiscalía en el dictamen de formalización de denuncia penal de fecha 9 de diciembre de 2010, el cual fue detallado en líneas precedentes.

#### **Con relación a la exclusión del denunciado Luis Castañeda Lossio**



En un considerando particular, el juez penal resolvió que no había lugar a la apertura de instrucción contra de Luis Castañeda Lossio, ex alcalde de Lima. Los argumentos que llevaron al juzgador a resolver en este sentido, se basan, principalmente, en la invocación del art. VII del Título Preliminar del Código Penal, el cual consagra la *proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva*. En efecto, para el juez no existen elementos de convicción suficientes presentados por el Ministerio Público que permitan percibir algún tipo de indicio respecto del conocimiento y participación del ex alcalde en los hechos punibles de concertación o confabulación con intereses particulares para perjudicar económicamente a la Municipalidad de Lima. Un cumplimiento defectuoso de las funciones de vigilancia hacia los funcionarios públicos del municipio limeño, no permiten concluir, a criterio del juzgador, que Castañeda haya tenido participación directa en el delito de colusión art. 384º del Código Penal.

En el mismo sentido, respecto de la denuncia fiscal contra Luis Castañeda Lossio por delito de malversación de fondos, para el Décimo Segundo Juzgado Penal, ésta también es una forma de responsabilidad objetiva, y por ende, debe ser desestimada. En efecto, en la lógica del juzgador, si bien es cierto que el alcalde tiene el deber de supervisar el manejo presupuestal y financiero de la municipalidad, también lo es que las respectivas gerencias implementaron las líneas generales que el alcalde impartió. No se ha podido probar que el señor Castañeda Lossio haya dispuesto la aplicación o utilización del dinero municipal para fines distintos a su legítima asignación. Además, según el juez, siendo que el procesado Juan Blest (quien tuvo activa participación en la determinación del pago y las fuentes de financiamiento para hacer efectivo aquél) informó a la gerencia municipal de tales gestiones luego de algunos meses, el señor Castañeda –al momento de los hechos- no habría podido estar en capacidad de tomar conocimiento de los acontecimientos.

La resolución del juzgado penal fue apelada por la fiscalía especializada con fecha 18 de enero de 2011.

#### **IV. ANÁLISIS Y PROBLEMAS JURÍDICOS**

Los delitos materia de proceso penal son los de *colusión desleal*, *malversación de fondos* y *falsificación de documento*. En el presente análisis nos limitaremos a los dos primeros delitos, dividiendo nuestra exposición en función de los funcionarios y particulares incluidos en la investigación judicial y la situación del ex alcalde de Lima, excluido de la citada investigación. Sin embargo, antes de tal análisis haremos un breve repaso de los elementos esenciales de los tipos penales mencionados, de su correspondencia con los hechos imputados y con las bases teórico - penales que justificarían o no la imputación de un delito a un funcionario superior que integra una estructura organizada.

##### **1. Los hechos imputados y los delitos de colusión y malversación de fondos**

En el auto de apertura de instrucción se decide iniciar investigación judicial por los delitos de *colusión desleal*, tipificado en el art. 384º del Código Penal, y *malversación de fondos*, tipificado en el artículo 389º del mismo texto legal.

En primer lugar, la imputación fiscal y el auto de apertura de investigación judicial denotan indicios de dos momentos de presunta colusión desleal. El primero se aprecia en la supuesta concertación en el monto de pago de la deuda de la Municipalidad de Lima con Relima por más de 35 millones de nuevos soles, a pesar de que poco tiempo después Relima negoció dicha acreencia por algo más de 14 millones de soles con Comunicore, lo que justificaría la necesidad de explicar por qué la Municipalidad no negoció y acordó el pago de un monto menor. Esta concertación se habría producido en el contexto de la ejecución o liquidación del

contrato público suscrito con Relima como resultado del proceso de licitación pública internacional convocada por la Municipalidad de Lima en 1995 para el servicio de limpieza. Hay que mencionar, además, que tal concertación se habría materializado o concretado en el acuerdo sobre el monto de la deuda tributaria entre el gerente administrativo y financiero de Relima y el gerente financiero de la Municipalidad de Lima, el 2 de noviembre de 2005. Según informes técnicos y periciales de la SUNAT y peritos del Ministerio Público se habría efectuado un pago en exceso por un monto de más de S/. 1'900,000. Nuevos soles. El segundo momento, viene determinado por la renovación del contrato de concesión del servicio de limpieza pública que efectúa la Municipalidad de Lima con la empresa Relima el 4 de agosto de 2005, no obstante haberse encontrado en la inspección de control interno de la Municipalidad serias deficiencias en el servicio de limpieza.

En segundo lugar, se imputa igualmente en la denuncia fiscal y en el auto de apertura de investigación judicial el hecho de que la Municipalidad de Lima desvió, sin la autorización explícita, fondos financiados por la banca nacional para cubrir la deuda acordada con la empresa Relima y que estaban destinados a otras deudas. Corresponde, en consecuencia, evaluar en el transcurso del proceso judicial si existieron las autorizaciones debidas para disponer de dichos fondos.

En nuestra opinión, no existirían problemas dogmáticos para considerar la investigación por una posible concurrencia de los delitos de colusión desleal y malversación de fondos. Ello no sólo porque se trata de tipos de injusto diferentes (desvaloran conductas diferentes), sino porque los actos consumativos son distintos. Esto es, mientras la malversación se consuma con el desvío definitivo de fondos públicos a una prestación pública diferente (perjudicando otras prestaciones públicas), la colusión se consuma con el perjuicio (o peligro de perjuicio) al Estado derivado de un contrato público desventajoso para el patrimonio público. Siendo esto así, estaría justificada la investigación judicial por ambos delitos.

## **2. Bases teórico - penales para atribuir un hecho típico (delito) al comportamiento de un individuo que integra una estructura organizada (administración pública). Especial referencia a los altos directivos**

Originalmente, las reglas de atribución de responsabilidad penal (teoría del delito) fueron elaboradas teniendo como referencia eventos criminales individuales (A mata a B, por ejemplo). Sin embargo, la evolución y complejización de la sociedad han motivado nuevas formas de criminalidad que plantean desafíos a tales reglas de imputación penal tradicional.<sup>2</sup> Una de estas formas de criminalidad es la criminalidad económica y de funcionarios públicos caracterizada por efectuarse en el contexto de una organización de tipo empresarial en el que la jerarquización de posiciones y la división de trabajo son principios de organización fundamental.<sup>3</sup> Este dato determina un cambio metodológico<sup>4</sup> en el estudio del caso, pues primero se evalúa la atribución del hecho lesivo a una determinada estructura de organización (imputación colectiva) para luego determinar quiénes son competentes para controlar

---

<sup>2</sup> En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, B de F, Buenos Aires, 2009, p. 1

<sup>3</sup> DEMETRIO CRESPO, Demetrio. "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados", en: *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, pp. 61. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, "Autoría y participación en la empresa", en: *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, pp. 161-162. Igualmente MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 367.

<sup>4</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 181 – 184.

determinados riesgos en dicha organización y quiénes han infringido determinados deberes de cuidado; es decir, para individualizar la imputación de responsabilidad penal.<sup>5</sup>

El riesgo de que la responsabilidad penal individual se disuelva en la organización (impunidad) ha motivado un cambio de paradigma en la política criminal y la dogmática: la responsabilidad primaria por comportamientos delictivos cometidos en la empresa, o en la administración pública organizada empresarialmente, no se ha de referir únicamente a quien directamente ejecuta el hecho, sino sobre todo a quien o quienes dirigen la organización, que son tenidos por responsables en última instancia de que tales comportamientos se produzcan<sup>6</sup>.

Cualquier estructura organizada orientada a la producción de bienes o la prestación de servicios, y en especial la administración pública (cuyo fin es la prestación de un servicio público) tiene una posición de garante original. Así como el empresario asume esta posición de garante por crear o implementar una empresa en el mercado, en el caso de la administración pública este deber de garante original debe ser asumido por un funcionario público proveniente de elección popular o designación de autoridad competente. Esta posición de garante supone la asunción del compromiso de que, de su esfera de organización, no surjan lesiones de bienes jurídicos para terceros, especialmente no surjan lesiones de bienes jurídicos relacionados con el correcto funcionamiento de la administración pública y el patrimonio público<sup>7</sup>. Sin embargo, aquel sujeto que se encuentre al mando de la organización no puede asumir el control de todo tipo de riesgos. Siendo que esto es así, surge la necesidad de delegar funciones, delegación que incluso puede ser impuesta por ley como es el caso del gerente municipal designado por el alcalde de Lima. En ese sentido, la posición de garante original es asumida por directivos y administradores, los mismos que van generando en cascada o en cadena una delegación de deberes parciales<sup>8</sup>.

En un ámbito de organización complejo (por la concurrencia de muchas personas, funciones y ámbitos de competencia) el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la organización pueda alcanzar sus fines. La delegación se debe realizar con el mayor cuidado: capacidad técnica y profesional y, manteniendo, posteriormente, la vigilancia de las actividades del o los delegados (lo que en doctrina se conoce como deber *in eligendo e in vigilando*)<sup>9</sup>. El mecanismo de delegación es, en términos jurídico-penales, la exigencia de racionalización y efectiva tutela de bienes jurídicos.<sup>10</sup> Sin embargo, como hemos mencionado, el deber del delegante respecto de la salvaguardia de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que, también responsablemente, realizan los delegados<sup>11</sup>. Es decir, dicho deber residual le obliga al delegante a controlar los posibles riesgos o peligros derivados de la potestad de delegar, consecuentemente de evitar la comisión de hechos delictivos por parte de los subordinados<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibid. pp. 17-18.

<sup>6</sup> PEÑARANDA RAMOS, Enrique. "Autoría y participación en la empresa", *Op. Cit.*, p. 163.

<sup>7</sup> Idea tomada de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>8</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, *Op. Cit.*, p. 185.

<sup>9</sup> Es importante resaltar en este punto el artículo 12 del Corpus juris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (1997), el cual establece que "la delegación de competencias excluirá la responsabilidad penal si dicha delegación es parcial, precisa, específica y necesaria para la realización de la empresa y si aquellos en quienes se efectuó la delegación se encontraban realmente en situación de cumplir las funciones delegadas".

<sup>10</sup> MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. *Op Cit*, p. 367

<sup>11</sup> FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Cuestiones de derecho penal económico*. *Op Cit*, pp. 25.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general, Tirant le Blanch, Valencia, 2007, pp. 503.

Sin embargo, como quiera que los clásicos principios de imputación de responsabilidad penal aún deben mantenerse, no se podrá exigir en el delegante aquello que no pueda prevenir, esto es, no se trata de solapar determinadas formas de responsabilidad objetiva, las mismas que están proscritas por nuestro ordenamiento penal, sino de ofrecer los elementos dogmáticos suficientes que permitan efectuar una imputación respetuosa de los principios de responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) y de culpabilidad por el acto. Siguiendo la posición del profesor Eduardo Demetrio, de todas las fórmulas dogmáticas planteadas<sup>13</sup>, consideramos la más adecuada aquella que permite hacer responder por omisión al directivo o autoridad por la no evitación de hechos cometidos por sus subordinados<sup>14</sup> (comisión por omisión). Ésta parece ser la tesis seguida por la fiscalía al momento de formalizar denuncia e imputar responsabilidad contra el ex alcalde de Lima.

La atribución de responsabilidad por comisión por omisión en el ámbito de organizaciones empresariales u organizaciones públicas, organizadas gerencialmente, requiere algunas acotaciones importantes. En primer lugar, fundamentar la equivalencia valorativa (art. 13° del CP) entre la comisión y la omisión en el criterio del dominio del fundamento del resultado (Bernd Shunemann<sup>15</sup>, Eduardo Demetrio<sup>16</sup>), y no sólo en el criterio de la competencia normativa derivada de su posición en la estructura organizada. Presupuesto esencial de comprensión de dicho dominio funcional lo constituye la posición de garante del imputado, esto es, la posición de especial vinculación del imputado con el curso lesivo. Esta posición de garante puede ser explicada esencialmente de dos maneras: sobre la base de deberes de protección de un bien jurídico o sobre la base de deberes de control de riesgos<sup>17</sup>.

En el caso de los cursos lesivos originados en estructuras organizadas, incluyendo la administración pública, consideramos, en primer lugar, que la posición de garante se define sobre la base de deberes de control de riesgos<sup>18</sup>. Esto último explica el deber de vigilancia sobre la fuente de peligro<sup>19</sup> que constituye la estructura organizada, especialmente la administración pública (Municipalidad de Lima), con relación al funcionamiento correcto y eficiente de la función y el patrimonio públicos.

---

<sup>13</sup> Nos referimos a la autoría mediata por dominio de organización, a la imputación en calidad de partícipes (cómplices o instigadores) o a la teoría de los delitos de infracción de deber. Debemos señalar que estas teorías han sido cuestionadas, en el primer caso por la ausencia del requisito de desvinculación del derecho por parte de las empresas, en el segundo caso por la deficiente desvaloración de la importancia de la intervención de los directivos o autoridades superiores en el hecho y, en el tercer caso, debido a que la simple infracción de deberes no puede justificar por sí misma un injusto penal.

<sup>14</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados". *Op. Cit.*, p. 69.

<sup>15</sup> SCHUNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 275 y ss.

<sup>16</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 146 y ss.

<sup>17</sup> Si bien se trata de una clasificación tradicional elaborada por el profesor Kaufmann, esta clasificación tradicional sigue orientando la clasificación de las fuentes de la posición de garante en obras tan dispares como la de SCHUNEMANN, Bernd. "El denominado delito de omisión impropia", en: *Discursos universitarios*, editorial Pangea, Arequipa, 2009 (dominio sobre el desamparo del bien jurídico y dominio sobre una causa esencial de un resultado) o la del profesor MARAVER, Mario. *El principio de confianza en el Derecho penal*, Civitas-Thomson, Madrid, 2009 cuando se refiere al tipo del alcance o contenido de esa relación del agente con el curso lesivo (posición de garante de control de riesgos y posición de garante de protección del bien jurídico).

<sup>18</sup> Si bien la relación entre un funcionario público y el bien jurídico "correcto funcionamiento de la administración pública" podría fundamentarse más intensamente sobre la base de deberes de protección del bien jurídico, esta posición no resulta adecuada dada la inherencia y frecuencia de los actos de delegación que se producen al interior de la administración.

<sup>19</sup> MARAVER, Mario. *El principio de confianza en el derecho penal*. *Op. Cit.*, p. 76

En segundo lugar, en estas estructuras organizadas los integrantes tienen una competencia compartida frente al riesgo general y son garantes, dependiendo de sus diferentes niveles y espacios, de los diversos riesgos en los que pueda concretarse ese riesgo general<sup>20</sup>. En ese sentido, cada posición de garante delimita especiales deberes de cuidado que prescriben evitar la concreción de cursos lesivos que se producen en el ámbito de sus competencias. Hemos mencionado que la delegación determina la subsistencia de deberes de control, supervisión y vigilancia del superior sobre el delegado, más aún cuando se ostenta una posición de garante sobre los riesgos generados por la administración pública. Sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa<sup>21</sup>, en nuestro caso, a eventos lesivos relacionados con la prestación eficiente de los servicios públicos de la Municipalidad, lo que supone un uso cuidadoso del patrimonio público. Desde esta perspectiva, entonces, la autoridad funcional se convierte en garante-vigilante en virtud de su dominio sobre las fuentes de peligro que residen en su esfera de organización concreta: la Municipalidad de Lima.

Finalmente, para la atribución dolosa del hecho delictivo no evitado por la autoridad o superior respecto de lo efectuado por sus subordinados en el ámbito de la administración pública se requiere, desde una perspectiva cognitiva del dolo<sup>22</sup>, el conocimiento suficiente del riesgo, por parte del superior, para la afectación del bien jurídico, es decir, el conocimiento suficiente de que los subordinados actúan o pretenden actuar indebidamente con relación al desempeño de la función pública o la administración del patrimonio público.

### **3.- Comentarios al auto de apertura de investigación judicial**

Con relación a la apertura de investigación judicial contra los diversos gerentes (gerente municipal, gerente administrativo, gerente de finanzas y gerente de servicios de la ciudad) y subgerentes (subgerente de tesorería y subgerente de contabilidad) de la Municipalidad de Lima (intraeus) no se aprecian mayores inconvenientes. La atribución de presunta responsabilidad penal efectuada por la fiscalía y recogida por el juez en el auto judicial de 14 de enero de 2011 se fundamentan en comportamientos concretos: intervención directa en la decisión (no autorizada según el fiscal) de aplicar recursos públicos a cancelar una deuda de la Municipalidad o la intervención directa en la negociación, suscripción o posterior ejecución de un acuerdo que convino en aceptar y pagar una deuda pública que ascendía a 35'941,464.93 millones de nuevos soles (originada en la obligación de pagar parte del IGV por el servicio prestado por la empresa Relima) cuando el acreedor de ésta la transfirió, poco antes, por un monto mucho menor (14'635,000 millones de nuevos soles). Igualmente la resolución judicial atribuye a determinados gerentes y subgerentes la decisión y posterior acuerdo de renovar el contrato de concesión de servicio de limpieza a Relima, cuando ésta, según el fiscal, había sido objeto de cuestionamientos por control interno de la Municipalidad.

Se trata, en consecuencia de imputaciones por autoría comisiva directa fundadas sobre comportamientos concretos cuya verificación y valoración debe efectuarse en las etapas judiciales correspondientes.

En el caso de los particulares (extraneus), especialmente los directivos de las empresas Relima y Comunicore, la autoridad judicial, recogiendo la posición de la fiscalía, considera que los

---

<sup>20</sup> Ibid. p. 265. Aunque no compartimos su posición de que siempre debe entenderse esa relación en perspectiva de coautoría.

<sup>21</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados". *Op. Cit.*, p. 81.

<sup>22</sup> Por todos ver FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Dolo eventual*, Universidad Externado, Bogotá, 2002.

mismos son susceptibles de imputación penal por un delito especial de funcionarios públicos, siempre que se trate de una imputación en calidad de partícipes o intervinientes accesorios (cómplices). Si bien la autoridad judicial no lo menciona explícitamente, todo indica que se ha seguido la teoría de la unidad del título de imputación, ampliamente aceptada por nuestra Corte Suprema de la República<sup>23</sup>.

Sin embargo, con relación a la denegatoria de abrir instrucción contra el ex alcalde de Lima se pueden formular algunos comentarios. La Municipalidad es una organización social como cualquier otra organización económica, con la peculiaridad de que los intereses que allí se gestionan son de carácter público y general, como toda prestación de servicios públicos. De ahí que la Ley Orgánica de Municipalidades desarrolle sus funciones bajo una estructura gerencial y responda a las clásicas pautas de división de trabajo y posiciones verticalmente jerarquizadas, donde el alcalde es la principal y más alta autoridad administrativa (art. 26º y art. 20º de la Ley Orgánica de Municipalidades- LOM- y confirmado por la Ordenanza Municipal N° 812 de 15 de septiembre de 2005 emitida por la Municipalidad de Lima).

Los hechos materia de proceso penal se llevaron a cabo por tres gerencias y dos subgerencias. Se trata entonces de una estructura jerárquica en la que la alcaldía es el órgano ejecutivo superior de la Municipalidad de Lima, cuyo titular es el alcalde metropolitano (art. 158º de la LOM). El gerente municipal (art. 27º de la LOM) es el funcionario de confianza designado por el alcalde. El alcalde si bien delega funciones en el gerente municipal, mantiene, como hemos mencionado, el deber de vigilancia, pues se encuentra dentro de sus deberes el hacer viable el correcto y eficiente funcionamiento de la administración estatal y su respectiva prestación de servicios públicos.

Teniendo en cuenta la teoría descrita en el punto IV.2, y a efectos de una adecuada valoración de la resolución que niega la apertura de instrucción contra el ex alcalde, resulta importante destacar algunos elementos normativos, varios de ellos expuestos por la fiscalía, que deberían ser evaluados en su oportunidad para apreciar o descartar indicios de una responsabilidad por omisión.

**1.-** El art. I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades, reconociendo la autonomía política, económica y de administración de las municipales, estatuye al alcalde como representante legal y máxima autoridad administrativa del municipio (art. 6º de la LOM).

**2.** La Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) en el art. 20º numeral 20, dispone que el alcalde tiene la atribución de delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal. El alcalde mantiene un deber de vigilancia sobre el gerente municipal (art. 68º de la ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, según la cual *el delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia*). Además, es responsabilidad del alcalde, según el art. 20.1 de la LOM, *defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos* y, entre otros, *proponer al Concejo Municipal (presidido por el alcalde – art.13º de la LOM) la realización de auditorías, exámenes especiales y otros actos de control (art. 20º, numeral 21)*. De la misma manera, el Concejo Municipal tiene facultades no sólo normativas, sino también fiscalizadoras (art. 5º de la LOM). El oficio circular N° 003-2004-EF/76.10 publicado en marzo del 2004, especifica que las modificaciones presupuestales, esto es, habilitaciones y transferencias de partidas presupuestales, requieren, para ser efectivas, de la aprobación del Concejo Municipal (el cual, en principio, es presidido por el alcalde).

---

<sup>23</sup> Al respecto ver Ejecutorias Supremas recaídas en los expedientes N° 375-2004, N° 3203-2002 y N° 32-2004.

3.- El art. 26° de la Ley Orgánica de Municipalidades menciona que “*la administración municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior*”. Así mismo, la ley en mención dispone en su art. 27° que “*la administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del gerente municipal, funcionario de confianza a tiempo completo y dedicación exclusiva designado por el alcalde, quien puede cesarlo sin expresión de causa*”. Igualmente, la organización interior y sus órganos de gobierno son aprobados por el Consejo Metropolitano (art. 157°, numeral 10 de la LOM). En el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima la estructura administrativa fue diseñada estatuyendo como máxima instancia a la Gerencia Municipal Metropolitana, de las que dependen como órganos de línea una serie de gerencias y sub-gerencias. Esta estructura fue aprobada por Ordenanza N° 812 “*Aprueban Reglamento de Organización y Funciones de la Estructura Orgánica de la Municipalidad*”, publicada en *El Peruano* el día 15 de septiembre de 2005.

Tal como puede apreciarse, las gerencias y sub-gerencias que son imputadas por la fiscalía y el órgano judicial como presuntos responsables de los delitos de malversación de fondos y colusión desleal, dependen funcionalmente de la Gerencia Municipal (Reglamento de Organización y Funciones, art. 57°, 48°, 64°, 66° y 146°), cuyo gerente es designado por el alcalde, en un acto de delegación de sus competencias administrativas, según se apuntó. Es más, mediante Resolución de Alcaldía N° 2546 de fecha 17 de octubre de 2005 se delegaron funciones específicas al gerente de finanzas relativas al saneamientos de deudas bancarias, obligaciones de pago pendientes de ejercicios anteriores, entre otras. Esta delegación fue ratificada el 29 de diciembre de 2005. Si esto es así, parece claro que existe un deber de control y vigilancia del delegante sobre los funcionarios delegados.

La imputación de un delito de malversación de fondos y de colusión desleal en la modalidad de comisión por omisión exige evaluar la posición de garante del funcionario imputado, el cumplimiento de deberes de vigilancia y supervisión respecto de sus subordinados (gerentes y subgerentes), esto es, deberes de vigilancia cualificados de una fuente de peligro al tratarse de una estructura organizada que presta servicios públicos y por lo tanto en constante riesgo de afectar el patrimonio público (deberes de cuidado). Además exige, al que tiene posición de garante, deberes de cuidado especiales que eviten los comportamientos riesgosos (para el correcto funcionamiento de la administración pública y correcto uso de los fondos públicos) de sus subordinados. Todo ello siempre que el imputado por comisión por omisión conozca suficientemente los elementos anteriores (posición de garante y deberes de cuidado) y, además, conozca que sus subordinados se encuentren disponiendo o se encuentren próximos a disponer irregularmente el patrimonio del Municipio.

En nuestra opinión, la posición de garante del ex alcalde de Lima es incuestionable al igual que sus deberes cualificados de control y vigilancia sobre sus subordinados, especialmente sobre el gerente municipal y el gerente de finanzas. Teniendo en consideración que el Décimo Segundo Juzgado Penal considera la existencia de indicios de la realización de un delito de colusión desleal y malversación de fondos, pero deniega la apertura de instrucción judicial contra el ex alcalde, corresponde a la Sala Penal competente, que conoce la apelación interpuesta por el Ministerio Público, evaluar si el referido funcionario cumplió debidamente con tales deberes de vigilancia y control y si, cumpliendo tales deberes o ratificando algunos actos posteriormente, pudo conocer o conoció de la actuación de sus subordinados en relación a los hechos imputados. Cabe indicar al respecto que una eventual invocación del *principio de confianza* que excluya la atribución de responsabilidad del omitente sólo es aceptable, como

señala Maraver, en la medida en que no existan circunstancias concretas que, respecto del omitente, evidencien el comportamiento incorrecto o ilícito de los subordinados<sup>24</sup>.

Con relación a la prueba del dolo, señala Ragués y Vallés<sup>25</sup> que en el caso de la “prueba del conocimiento” la elección de un criterio teórico que permita determinar la solución correcta exige analizar el contenido de las denominadas “reglas de experiencia” y, de forma más precisa, de aquéllas que pueden denominarse “reglas de experiencia sobre el conocimiento ajeno”. De acuerdo con estas reglas, a partir de la concurrencia de ciertos datos externos es posible determinar qué es lo que se representó una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta. En el caso concreto, corresponderá a la instancia judicial respectiva evaluar si la posición de garante del ex alcalde y las circunstancias concretas en las que éste desarrollaba y ejercía sus funciones permiten afirmar o rechazar que aquél conocía el comportamiento riesgoso de sus subordinados con relación a la administración del patrimonio del Municipio.

---

<sup>24</sup> MARAVER, Mario. *El principio de confianza en el derecho penal*. Op. Cit., p. 298 y ss.

<sup>25</sup> RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 7 y ss.