

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

Lima, veintiuno de marzo de dos mil doce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia de fojas cinco mil trescientos sesenta y seis, del veinticinco de octubre de dos mil diez, por: **i)** los encausados Jorge Fernando Revollo Chávez, Carlos Magno Cruzado Mantilla en el extremo que declaró infundada la excepción de naturaleza de acción que plantearon contra el delito contra la administración pública – colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Pachacamac y el Estado; y respecto a la condena como autor y cómplice, respectivamente, del indicado delito en perjuicio de la citada institución a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta; **ii)** los procesados Carola Dorian Clemente Hermoza Viuda de Poblet, Luis Enrique Custodio Limachi, Clara Julia Ortiz Falcón y Cesar Palomino Dextre Morin sobre la condena a la primera de las mencionadas en calidad de autora, y a los demás como cómplices del delito contra la administración pública – colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Pachacamac y el Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que los impugnantes argumentaron lo siguiente: **i)** la encausada Carola Dorian Clemente Hermoza Vda. De Poblet en su recurso formalizado de fojas cinco mil trescientos noventa y siete solicita su absolución; que, al respecto sostiene que la conducta que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

2

desarrollo no contiene los elementos del tipo penal de colusión, porque los realizó con el fin de mejorar la recaudación tributaria de la Municipalidad Distrital que representaba, siendo que por la falta de recursos económicos para contratar y pagar a profesionales calificados para que realicen la labor de fiscalización y recaudación tributaria, por Acuerdo de Concejo se decidió contratar a la Empresa MILACRON Sociedad de Responsabilidad Limitada, por contratación personalísima, labor que se cancelaría si se efectivizaba la recaudación a favor de la Municipalidad, procedimiento que estaba justificado con Informes Técnicos y Legales y con el Acuerdo del Consejo Municipal; que la función contratada no era inherente a la propia actividad Estatal; que fueron levantadas las observaciones efectuadas por CONSUCODE respecto de esa contratación; que la contratación de ese servicio permitió ingresos dinerarios a favor de la agraviada; que esta operación tenía informes previos favorables de la Gerencia de Rentas y del Ejecutor Coactivo y que concluyó con los procedimientos administrativos instaurados contra la Empresa Telefónica Sociedad Anónima Abierta. ii) el procesado Jorge Fernando Revolledo Chávez en su recurso formalizado de fojas cinco mil cuatrocientos reclama su inocencia; que, al respecto alega la recurrida no precisa cuales son los actos que en el ejercicio de sus funciones como Gerente Municipal evidencia actos colusorios perjuicio de su representada; que el acto de firmar en representación de la agraviada un segundo contrato con la Empresa MILACRON no contiene ningún elemento criminal pues estaba autorizado por su representada para suscribir ese contrato a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

3

nombre de ella; que con motivo de ese segundo contrato es que se procedió a ejecutar coactivamente los embargos a la Empresa Telefónica Sociedad Anónima Abierta; no existe un pronunciamiento suficiente respecto de la excepción de naturaleza de acción planteado contra el delito imputado; **iii)** el procesado Carlos Magno Cruzado Mantilla en su recurso formalizado de fojas cinco mil trescientos noventa y tres; que alega en el periodo de los hechos imputados él no prestó servicios en la Comuna agraviada pues fue cesado en sus funciones como Director Municipal; que por estos hechos no fue sancionado por el Órgano de Control de esa Entidad Edil; que además no existe medio de prueba alguno que lo vincule con los hechos denunciados ni que se ha demostrado que de alguna forma se haya beneficiado con esos contratos; que la impugnado no respondió a los argumentos expuestos en su medio de defensa de excepción de naturaleza de acción; **iv)** la encausada Clara Julia Ortiz Falcón en su recurso formalizado de fojas cinco mil cuatrocientos diez; alega que al amparo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado la Municipalidad Distrital de Pachacamac contrato los servicios personalísimos a la Empresa MILACRON, siendo su labor propiamente el de asesoramiento técnico pero no de ejecutor coactivo, pues esa función la tiene que realizar un funcionario pública de la entidad a la que prestaba servicio; que mediante los servicios ofrecidos objeto del citado contrato se hizo viable la recuperación aproximadamente de un millón de nuevos soles por concepto de tributos no pagados por la Empresa Telefónica S.A.A.; **v)** el procesado César Palomino Dextre

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

4

Morin en su recurso formalizado de fojas cinco mil cuatrocientos siete; sostiene que en su condición de Gerente de Rentas incumplimiento de sus funciones emitió un Informe sobre los servicios prestados por la Empresa MILACRON; que el Concejo Municipal autorizó la suscripción de los contratos en referencia, siendo que él sólo dio la conformidad del servicio, en merito a los Informes presentados por el Ejecutor Coactivo en que se informaba que la Empresa MILACRON se encontraba prestando servicios técnicos, logísticos y jurídicos para hacer efectivo la cobranza de la obligaciones incumplidas por la Empresa Telefónica S.A.A.; así también con el Informe de Asesoría Jurídica que no cuestionaba la legalidad de ese procedimiento; que por lo demás no existe prueba alguno que demuestro haber participado en alguna clase de acuerdo para defraudar a la agraviada y favorecerse con los servicios pagados; vi) el encausado Luis Enrique Custodio Limache en su recurso formalizado de fojas cinco mil cuatrocientos treinta y cinco; sostiene que los contratos suscritos no causaron perjuicio a la agraviada; que los Informes que suscribió en cumplimiento de sus funciones no tienen vinculación alguna con la conformidad al servicio de asesoría técnica, logística y legal que brindo la Empresa MILACRON; siendo que los Informes que suscribió sirvieron de sustento para sancionar a la Empresa Telefónica SAA, y que luego dieron origen al inicio de dos procedimientos administrativos.

Segundo: Que, según la acusación fiscal de fojas tres mil novecientos ochenta y tres, en el dos mi tres, en la Municipalidad Distrital de Pachacamac, los encausados Carola Dorian Clemente Hermosa – en su condición de Alcalde, Carlos Magno Cruzado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

5

Mantilla – en calidad de Director Municipal, Jorge Fernando Revolledo Chávez – en el cargo de Gerente Municipal, Luis Enrique Custodio Limache – en el puesto de Director de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, Cesar Palomino Dextre Morin – ocupando a función de Gerente de Rentas, se concertaron con la procesada Clara Julia Ortiz Falcón para defraudar a la citada Entidad Edil, siendo que suscribieron diversos documentos para dar la apariencia de conformidad del servicio de Asesoría Técnico Legal de la Empresa Gestiones y Servicios de Integración Avanzada – MILACRON Sociedad de Responsabilidad Limitada –en adelante MILACRON SRL-, en el proceso administrativo y proceso de ejecución coactivo seguido contra la Empresa Telefónica del Perú SAA, cuando lo cierto fue que esa labor la realizó el personal de la Municipalidad Distrital de Pachacamac, que la citada empresa los indicados servicios cobro trescientos setenta y siete mil setecientos sesenta y ocho nuevos soles con ochenta y nueve céntimos.

Tercero: Que no son válidos los agravios expuestos por los recurrentes Carola Dorian Clemente Hermosa Viuda de Poblet, Jorge Fernando Revolledo Chávez, Clara Julia Ortiz Falcón y Cesar Palomino Dextre Morin porque la corrección de su condena emerge de la suficiencia probatoria que acredita de manera indubitable y en grado de certeza la responsabilidad penal que se le atribuye en el delito colusión; conductas en las que concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado; por lo que válidamente se revirtió la inicial presunción de inocencia que le amparaba. **Cuarto:** Que, es de precisar que la conducta imputada se adecua a la hipótesis jurídica que describe la citada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

6

disposición penal del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que señala que se colude ilegalmente: "*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda al Estado** o entidad u organismo del Estado, según ley, **concertándose** con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros*". Que, en este sentido, "el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado, tiene la obligación especial de cautelararlo y protegerlo y sólo usarlo en beneficio del propio Estado. Caso contrario, si aprovecha de tal posición para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber funcional"¹. En definitiva, se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De ahí que, en este tipo penal, se reprimen "*los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados*"². Si bien los autores realizan el tipo penal descrito, la conducta efectuada por los partícipes -entendido de los cómplices- no se subsume en la acción tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal por la razón de que el partícipe, en sentido estricto, no realiza el hecho prohibido, pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno -delito o conducta prohibida-, pues los cómplices prestan auxilio para la realización del

1 SALINAS SICCHA, Ramiro; "*Delitos contra la Administración Pública*"; Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 2011, p. 267.

2 CASTILLO ALVA, José Luis; "Colusión ilegal" en: GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. "*El delito de Colusión*"; Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 78.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

7

evento criminal -véase el artículo veinticinco del acotado Código-, distinguiéndose la colaboración del cómplice primario como necesaria para la perpetración del ilícito. En síntesis, cabe precisar que en esta figura penal el funcionario público o servidor público -*intraneus*- defrauda al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados -*extraneus*- en los contratos o cualquier otra operación semejante que lleva a cabo por razones funcionales. Pues el Estado a través de la Administración Pública realiza sus actividades para desarrollar sus fines esenciales, siendo una de ellas la contratación pública, contrato del Estado o contrato administrativo, que en modo alguno puede ser equiparable al contrato privado, en tanto que la administración pública y el particular no se encuentran en un plano de igualdad, estando la primera en una posición de superioridad, derivada del hecho que persigue fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado. Así, el contrato administrativo *"es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas"*; por, lo que para la formación de su voluntad, similar a la de un sujeto privado, pero distinto en su materialización, requiere de un mecanismo o procedimiento regulado por Ley, para evitar abusos y actos de corrupción por parte de la administración en la elección de las partes contratantes, en donde su objeto es dar el máximo de certeza, de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

8

parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella. Que, en esta línea de ideas, propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial -potencial o real- para la Administración Pública, siendo que para la consumación del delito pueden concurrir el nivel de grado de participación, esto es, la intervención de cómplices primarios, como en el presente caso, y secundarios, quienes aunque no tienen el dominio del hecho contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores. **Quinto:** Que los citados encausados en su calidad de funcionarios públicos de la Municipalidad agraviada tuvieron participación en el proceso de contratación de los servicios ofrecidos por la empresa MILACRON SRL representada por la procesada Clara Julia Ortiz Falcón - documentación relevante y contratos de fojas cuatrocientos treinta y nueve y cuatrocientos cincuenta y nueve-; quienes se concertaron para defraudar los intereses de la agraviada, pues ni los servicios contratados a esta empresa estaban legalmente permitidos conforme al reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues los servicios de cobranza coactiva son funciones propias que deben ser realizadas por la administración pública a través de sus funcionarios y/o servidores públicos; que además esos servicios no fueron prestados de forma efectiva, sino que se dio la apariencia de su legalidad para efectuarse pagos por trescientos setenta y siete mil setecientos sesenta y ocho nuevos soles con ochenta y nueve céntimos; que a este efecto se tiene en cuenta lo siguiente: i) que aún cuando estos contratos de servicios tenían

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

9

como respaldo la aprobación por Acuerdos del Concejo Municipal de la tercerización de la "Fiscalización de las deudas tributarias y no tributarias" conforme se aprecia de los Acuerdos de fojas cuatrocientos cuarenta y ocho y cuatrocientos setenta y dos, y se tenía una opinión favorable del Informe Técnico Legal número cuatrocientos doce – dos mil tres MDP/OAJ, del doce de septiembre de dos mil tres de fojas cuatrocientos treinta y seis, no se justificaba la necesidad en la exoneración del proceso para la contratación de la empresa MILACRON SRL; la autoridad encargada de verificar la legalidad de las contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, mediante documento [Oficio número trescientos sesenta y ocho – dos mil tres, del seis de noviembre de dos mil tres, de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro] observó su objeto y formalidad, pues conforme al artículo siete y once del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esa clase de funciones inherentes a la actividad estatal no podían ser transferidos a terceros, y además no cumplía con las exigencias de necesidad para ser considerado como una contratación de servicio personalísimo; sin que esas deficiencias hayan sido dadas de alta con el contenido del oficio número quinientos treinta y seis – dos mil tres; **ii)** que en este procedimiento de contratación Estatal, el encausado Cesar Palmiro Dextre Morin en su condición de Gerente de Rentas emitió dos Informes, el primero el número trescientos siete – dos mil cuatro, y el segundo el número cuatrocientos cincuenta y cuatro – dos mil cuatro MDP/GAJ, que obra a fojas cuatrocientos cuarenta y tres y cuatrocientos cuarenta y cinco, mediante el hacia el requerimiento de una empresa que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 978-2011

LIMA

10

realice la función de fiscalización tributaria y no tributaria, documentos que sirvieron de sustento para la suscripción del segundo contrato que previamente fue autorizado por Acuerdo de Consejo número trece – dos mil cuatro-MDP/C, del veinticuatro de mayo de dos mil cuatro -que obra a fojas cuatrocientos ochenta y dos-, que luego sirvió para celebrar el contrato de locación de servicios del ocho de junio de dos mil cuatro, suscrito por el encausado Jorge Revolledo Chávez en su condición de Gerente Municipal; **iii)** que respecto de esos aparentes servicios se emitieron Informes de la conformidad favorables los que fueron suscritos por los encausados Cesar Palmiro Dextre Morin – en su calidad de Gerente General, y Manuel Aro Chino –en cargo de Ejecutor Coactivo, conforme se aprecia de fojas ochocientos setenta y siete; siendo que de un lado se informó que esa empresa realizó los servicios de asesoría pactados, pero que estos no habían sido productivos; conductas que revelan el accionar delictivo de los encausados y resaltan el modo de su proceder vulnerando el bien jurídico protegido por el delito de colusión. **Sexto:** Que el *quantum* de la sanción impuesta a los citados encausados respeta la magnitud de su culpabilidad por el injusto cometido previstos en los artículos trescientos ochenta y cuatro del Código Penal y la función preventiva especial de la pena -circunstancias comunes y genéricas para individualizar la pena previstas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del acotado Código, respectivamente-, sobre todo si no repararon ni reconocieron los hechos determinados; que, además, ésta observa correspondencia con los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica de las sanciones contemplados en los

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 978-2011
LIMA

11

artículos VIII y IX del Título Preliminar del indicado Código; que se debe complementar que esta clase de condena suspendida obedece a que por las circunstancias especiales del injusto penal y la personalidad de los agentes no es de estimar que perpetrará otro delito -conforme a los criterios normativos contenidos en el artículo cincuenta y siete del citado Código-. **Séptimo:** Que, en cuanto a la situación jurídica de los encausados Carlos Magno Cruzado Mantilla y Luis Enrique Custodio Limache es evidente que las conductas que realizaron como funcionarios públicos de la entidad agraviada no formaron parte del proceso de contratación Estatal del servicio encomendado a la empresa MILACRON SRL, siendo atípicas sus conductas pues ambos intervinieron en acciones anteriores propias de fiscalización y sanción al administrado en este caso la empresa Telefónica S.A.A., pues el primero de los nombrados en su calidad de Director Municipal emitió las Resoluciones Directorales número cero cero uno y cero cero dos - dos mil tres -MDP/DM que obran a fojas quinientos treinta y dos a quinientos treinta y cuatro, mediante el cual se sancionó administrativamente a la empresa Telefónica SAA, por haber realizado obras sin autorización Municipal; decisión administrativa que tuvo como sustento la verificación de campo efectuada por el procesado Luis Enrique Custodio Limache quien en su calidad de Director de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente efectuó los Informes números cero quinientos sesenta y dos y cero quinientos sesenta y tres - dos mil tres MDP/DDURMA, del nueve de diciembre de dos mil tres; los que sirvieron para se inicie el procedimiento de ejecución coactiva en contra del administrado empresa Telefónica

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 978-2011
LIMA

12

SAA; necesidad que justificó la contratación ilícita de los servicios de la empresa MILACRON SRL; por lo que se les debe absolver de los cargos formulados. Por estos fundamentos: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cinco mil trescientos sesenta y seis, del veinticinco de octubre de dos mil diez, que condenó a los encausados Carola Dorian Clemente Hermoza Vda, De Poblet y Jorge Fernando Revolledo Chávez como autores del delito contra la administración pública – colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Pachacamac y el Estado; y a los procesados Clara Julia Ortiz Falcón y Cesar Palmiro Dextre Morin como cómplices del delito contra la administración pública – colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Pachacamac y el Estado a todos a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta; y **II. Declararon HABER NULIDAD** en la citada sentencia en el extremo que condenó a los encausados Carlos Magno Cruzado Mantilla y Luis Enrique Custodio Limache como cómplices del delito contra la administración pública – colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Pachacamac y el Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta: reformándola: **ABSOLVIERON** a los encausados Carlos Magno Cruzado Mantilla y Luis Enrique Custodio Limache de la acusación fiscal formulada en contra de ellos por el indicado delito en perjuicio de la citada agraviada; **ORDENARON** que en este extremo la Sala Superior de origen anule los antecedentes judiciales y policiales que se hubieran generado por el indicado delito y se archive definitivamente el presente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 978-2011
LIMA

13

proceso. **III. Declararon NO HABER NULIDAD** en los demás extremos de la sentencia recurrida; y los devolvieron.- Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

VS/wcc

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

06 FEB 2013