

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN

Lima, veintiuno de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda, Consuelo Cucho Oscanoa y Aníbal Rosales Contreras, contra la sentencia del veintiocho de setiembre de dos mil once -fojas tres mil doscientos cincuenta y cuatro-; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que, la encausada Consuelo Cucho Oscanoa, en su recurso formalizado -fojas tres mil trescientos cuarenta y tres-, alega que no existen pruebas que acreditan su responsabilidad penal, ya que el informe pericial emitido es deficiente, basado en una mera operación aritmética, sin valorar presupuestos legales y fácticos; habiéndose limitado a realizar trámites en el ejercicio de su derecho y no para efectos de coludirse con sus coencausados, tampoco quedó probada la existencia de un daño económico o perjuicio a la Municipalidad agraviada por los contratos de arriendo que suscribió.

Segundo: Que, el encausado Aníbal Rosales Contreras en su recurso formalizado -fojas tres mil trescientos sesenta y uno-, alega que no se efectuó un análisis individualizado de los hechos respecto de cada uno de los encausados, y en forma genérica se le incluyó dentro de la responsabilidad del encausado Monteverde Pomareda, al imputarle que firmó el contrato de renovación de arrendamiento, a efectos de favorecer en la rebaja de la merced conductiva A su coencausada Consuelo Cucho Oscanoa, perjudicando a la Municipalidad de Tarma.

Tercero: Por su parte, el encausado Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda en su recurso formalizado - fojas tres mil trescientos setenta y tres -,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN

alega que no existen elementos probatorios que acrediten la comisión del delito imputado, pues el dictamen pericial ampliatorio señala que no existe perjuicio económico por el alquiler del inmueble Hospedaje "Perla de Los Andes". **Cuarto:** Que, conforme al dictamen acusatorio -fojas mil seiscientos noventa y uno- se imputa a los encausados Monteverde Pomareda, en su condición de Alcalde, Walter David Cortez Porras, como Director Municipal, Gustavo Adolfo Salazar Benavides, como Gerente de Asesoría Jurídica y Rosales Contreras como Gerente Municipal de la Municipalidad de Tarma, haberse coludido con Cucho Oscanoa a fin de favorecerla con la suscripción irregular de nuevo contrato de arrendamiento, suscrito el veintiuno de abril de dos mil tres, así como con la renovación de contrato de alquiler suscrito el seis de octubre de dos mil cinco, del inmueble donde funcionaba el Hostal "Perla de Los Andes", ubicado en el jirón Huánuco número trescientos treinta y dos – Tarma, de propiedad de la Municipalidad agraviada, con una mensualidad de dos mil nuevos soles y una garantía de seis mil nuevos soles, pese a que se había establecido mediante un primer contrato de arrendamiento, del quince de agosto de dos mil dos, a través de la adjudicación al mejor postor, una mensualidad de cuatro mil setecientos nuevos soles. Asimismo, se le atribuye al encausado Rosales Contreras, haber celebrado el contrato número setecientos once, de renovación de arrendamiento del Hostal antes referido, el once de octubre de dos mil cinco, sin contar con autorización alguna, ya que para dicha fecha ya no era Alcalde el encausado Monteverde Pomareda y el entrante burgomaestre, César Olivos Laos, no había autorizado dicha renovación. **Quinto:** Que, el proceso penal se instaura con el propósito de establecer la existencia de un hecho punible y la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN

responsabilidad de un imputado, por ello la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o en su caso si se ha realizado en una forma determinada; en virtud de ello, está la prueba que busca la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica. De otro lado, el artículo segundo, inciso veinticuatro, párrafo e), de la Constitución Política del Estado, establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Es importante subrayar que es una presunción *iuris tantum*, que implica el derecho del procesado de ser considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente; o, dicho de otro modo, constituye una presunción que se mantiene "viva" en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. **Sexto:** Que, la Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas - órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Es así que, la administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas. Cabe indicar que, la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento de la forma, cantidad, calidad y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión (Dromi, José Roberto, Licitación Pública, Ediciones Argentina, mil novecientos noventa y cinco, página treinta y nueve). Para ello, es importante que la contratación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 3611-2011
JUNÍN

estatal sea sometida a determinadas reglas que incluyen un conjunto de actos preparatorios -la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, entre otros-. Que, el quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios -Ley de Contrataciones del Estado- da vida a la figura delictiva de colusión ilegal; en virtud del cual, debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta.

Sétimo: Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, **para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados**, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo que, si el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión Ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa. **Octavo:** Para los efectos de emitir sentencia condenatoria, respecto a los encausados Monteverde Pomareda y Rosales Contreras, por el delito de colusión, la Sala Superior afirmó que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN

en su condición de Alcalde y Gerente de la Municipalidad de Tarma, sin respetar el proceso de adjudicación llevado a cabo entre el anterior Alcalde Humberto Miyazawa y la coencausada Cucho Oscanoa, redujo el pago de merced conductiva, beneficiando a la referida encausada; lo cual causó perjuicio económico a la Municipalidad agraviada; sin embargo, dicha conclusión arribada no se encuentra sustentada en elemento probatorio alguno ni existen indicios concomitantes que entrelazados entre sí, logren acreditar que entre los referidos encausados existió un acuerdo colusorio, teniendo en cuenta que en autos obran únicamente el contrato de arrendamiento suscrito entre el Alcalde Humberto Miyazawa -anterior al periodo del encausado Monteverde Pomareda- con la encausada Cucho Oscanoa, por el cual pactan como monto a pagar por el arrendamiento del hostel citado, la suma de cuatro mil quinientos nuevos soles, la misma que fue ofrecida en sobre cerrado por la referida encausada; así como obran los contratos de arrendamiento suscritos entre los encausados Monteverde Pomareda y Cucho Oscanoa, en los cuales se pactó la suma de dos mil nuevos soles, previa solicitud de ésta última para la reducción del monto primigenio. Cabe indicar que por sentencia del veinticinco de mayo de dos mil nueve -fojas dos mil cuatrocientos sesenta y siete- se les absolvió de la acusación fiscal; empero, por Ejecutoria Suprema del ocho de setiembre de dos mil diez -fojas dos mil quinientos diecinueve- se declaró nula la sentencia absolutoria, ordenando se realice nuevo juicio oral; precisando que resultaba necesario un incisivo interrogatorio para establecer si existió un acuerdo colusorio, además de la necesidad de tener a la vista el expediente del proceso de selección; el mismo que conforme la revisión de autos no se logró obtener, como tampoco se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN

puede establecer con la sola declaración de los encausados, que éstos se hayan coludido para beneficiarse, perjudicando de ese modo a la Municipalidad; en consecuencia no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le alcanza a todo justiciable. **Noveno:** De otro lado, respecto al encausado Rosales Contreras en cuanto al delito de usurpación de la función pública, se advierte que, este ilícito comprendido en el rubro genérico de los delitos contra la Administración Pública, busca proteger el buen funcionamiento de dicha actividad del Estado. La función pública, como se apunta en la doctrina nacional es el elemento normativo típico que constituye el contenido u objeto de los actos ejecutivos de usurpación de funciones. Para este tipo penal, es primordial que el agente asuma un determinado cargo público y así ejecutar o desarrollar actividades inherentes a dicha investidura pública.

Décimo: Al analizar el núcleo del disvalor de este injusto penal, se debe determinar cuáles son las conductas que ingresan al ámbito de protección del artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal, no cualquier actuación fáctica, de quien se irroga una función pública es la que se quiere punir en este caso, sino aquellas que manifiestan el ejercicio concreto de la función pública, puesto en los siguientes términos, no basta para la realización típica que el agente asuma la función pública como tal, sino que debe ejercitarla u ejecutarla en la esfera de actuaciones administrativas. Así, para que se configure este tipo penal cabe la presencia de una conducta dolosa; pues la imputación no puede estar sustentada únicamente en la concurrencia de elementos cognitivos; siendo suficiente que el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN

sujeto sea consciente de la valoración social del hecho al momento de ejecutar la acción. **Décimo Primero:** En ese sentido, de autos se aprecia que el encausado Rosales Contreras, al momento de suscribir el contrato de arrendamiento número setecientos once -fojas ciento veinte-, del seis de octubre de dos mil cinco, aún ostentaba el cargo de Gerente de la Municipalidad Provincial de Tarma, no habiendo tenido intención alguna de usurpar el cargo de Alcalde, pues conforme se verifica del referido contrato, éste lo suscribió consignando su condición de Gerente Municipal; habiendo efectuado dicho trámite, a solicitud del propio encausado Monteverde Pomareda, quien si bien renunció al cargo de Alcalde, también lo es que dicha renuncia fue recién aceptada el siete de octubre de dos mil cinco, esto es, un día después de la suscripción del referido contrato, conforme se advierte de la Resolución número trescientos cuarenta guión dos mil cinco guión JNE, del quince de noviembre de dos mil cinco -fojas dos mil seiscientos treinta y nueve- que precisó por Acuerdo de Concejo número ciento tres guión dos mil cinco guión CTM, del siete de octubre de dos mil cinco, a través de la cual se aceptó la renuncia del referido encausado; razón por la cual éste jamás tuvo intención de usurpar las funciones propias de un Alcalde, no habiéndose configurado el ilícito penal imputado, deberá ser absuelto de los cargos formulados en su contra. **Décimo Segundo:** Finalmente, respecto a los encausados Walter David Cortez Porras, como Director Municipal y Gustavo Adolfo Salazar Benavides, como Gerente de Asesoría Jurídica, éstos corren la misma suerte que los encausados Monteverde Pomareda, y Rosales Contreras, quienes tienen la calidad de autores del delito de colusión, razón por la cual resulta innecesario que se les reserve el juzgamiento,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN

pues conforme los argumentos expuestos en el considerando octavo de la presente Ejecutoria Suprema se arribó a la conclusión que no existen elementos probatorios que acrediten la participación y responsabilidad penal de los encausados, que debe ser extendido a los reos ausentes. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiocho de setiembre de dos mil once - fojas tres mil doscientos cincuenta y cuatro - que condenó a Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda -y no Mario Jaime Néstor Monteverde Pomareda, como erróneamente se consignó en la sentencia recurrida- y Aníbal Rosales Contreras, como autores del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de Colusión, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Tarma; a Consuelo Cucho Oscanoa, como cómplice primaria del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Tarma, a Aníbal Rosales Contreras como autor del delito contra la Administración Pública, en su figura de usurpación de función pública, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, imponiendo a Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda y Aníbal Rosales Contreras cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de tres años, bajo reglas de conducta, y a Consuelo Cucho Oscanoa a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de dos años, bajo reglas de conducta, y **reformándola ABSOLVIERON** a Mario Néstor Jaime Monteverde Pomareda, Aníbal Rosales Contreras y Consuelo Cucho Oscanoa de la acusación fiscal por los referidos delitos y agraviada; **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que reservaron el juzgamiento de los acusados ausentes Walter David Cortez Porras y Gustavo Adolfo Salazar Benavides, y **reformándola** los

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3611-2011
JUNÍN**

ABSOLVIERON de la acusación fiscal por los delitos imputados en el presente proceso; y los devolvieron.-

S.S

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

TELLO GILARDI

SANTA MARÍA MORILLO

19 ABR 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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