

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2264 – 2011

PIURA

Lima, siete de agosto de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior y el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de El Alto, contra la sentencia de fecha veinte de junio de dos mil once, de fojas ochocientos ochenta y siete, que absolvió de la acusación fiscal a Manuel Agustín Muñoz Castillo, Ricardo Félix Palacios Núñez, Eduardo Tequen Gonzáles, Jorge Luis Herrera Atoche, Jim Henry Merino Merino y Floro Canales Flores, como autores del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado doloso y colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Alto y el Estado; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO:

Primero: Que, el representante del Ministerio Público como el Procurador Público, mediante escritos de fojas novecientos siete y novecientos veinte, respectivamente, coinciden en señalar que el Tribunal Superior no ha valorado la ampliación de la pericia contable que obra a fojas setecientos cincuenta y cinco, la que concluye que la liquidación presentada por la Empresa SERICO Sociedad Anónima, fue la misma que presentó CONATA el quince de octubre de dos mil uno, con una deuda actualizada al quince de diciembre de dos mil, esto es, se le canceló en forma indebida por un trabajo que ya había sido ejecutado, limitándose a transcribir y plagiar; agregan, que para la configuración del delito de colusión no es necesario que exista perjuicio económico, siendo suficiente la simple concertación en el otorgamiento de una licitación a quien ilegalmente no le corresponde, el cual se encuentra ligado el bien jurídico protegido que no es precisamente el patrimonio, sino el correcto desempeño del funcionario público en las contrataciones y actos similares.

Segundo: Que, se les atribuye a los procesados Manuel Agustín Muñoz Castillo, en su condición de ex-Alcalde de la Municipalidad de El Alto, Ricardo Félix Palacios Núñez, ex-Administrador, Eduardo Tequen Gonzáles, Jefe de Rentas, Jorge Luis Herrera Atoche, ex-Jefe de Rentas, Jim Henry Merino Merino, ex-Asesor Legal y Floro Canales Flores, representante de la Empresa SERICO, haber obtenido provecho económico, durante la contratación de una empresa para establecer la deuda tributaria que la Empresa Petróleos del Perú tendría con la Municipalidad agraviada que presumiblemente era de S/. 18'401,671.05, posteriormente, aduciendo inconsistencias se contrata a la Empresa GOMENZAY'S Sociedad Anónima a fin de que realice dicho trabajo,

estableciendo que la deuda tributaria asciende a la suma de S/. 100'543,975.05 nuevos soles, siendo desechada también esta liquidación y se contrata a la empresa SERICO, la misma que en un mes brinda hasta tres sumas diferentes, irregularidad que es percibida por la Contraloría General de la República; finalmente, la deuda se ha establecido en S/. 617,509.96 nuevos soles, infiriéndose que esta última cantidad resulta manifiestamente desproporcionada y perjudicial, no obstante, sobre esta última suma se arribó a un acuerdo conciliatorio entre la Municipalidad y la Empresa Petróleos del Perú. De otro lado, se sindicó directamente la responsabilidad del funcionario Jim Henry Merino Merino, pues con su informe se llegó al acuerdo lesivo a la entidad edil; del mismo modo se atribuye responsabilidad penal a Floro Canales Flores, como representante de la Empresa SERICO Sociedad Anónima, el mismo que evaluó las liquidaciones.

Tercero: Que, el objeto de la tutela penal en el delito de Colusión es variado, así tenemos que con el no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de éste, evitando así los actos defraudatorios.

Cuarto: Que, el delito en mención por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado; que a este respecto, cabe precisar, que el representante del Ministerio Público sustentó su imputación en la acusación fiscal escrita de fojas quinientos treinta y dos, básicamente en los siguientes términos “(...) aprobando también el acta de transacción extrajudicial con Petroperú Sociedad Anónima, por S/. 617,509.96 nuevos soles, monto bastante inferior a los anteriormente señalados, de lo que se colige que ha existido una concertación de voluntades con la finalidad de beneficiarse personalmente, con el consiguiente perjuicio de la entidad agraviada, por montos de dinero bastantes importantes (...)”, consecuentemente, de esta premisa se infieren dos situaciones, la primera, referida a que no existe sustento ni fáctico, ni probatorio del delito de colusión, esto es, cuándo, cómo y por qué medios se habría llevado a cabo la concertación entre funcionarios ediles y los

representantes de la empresa SERICO, empero, la segunda, nos revela que propiamente no subsiste una atribución referida al delito de peculado doloso.

Quinto: Que, el bien jurídico protegido en el delito de Peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, por lo tanto, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a los procesados, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado (*Municipalidad Distrital de El Alto*) a la esfera de dominio personal de los funcionarios públicos o de un tercero, debiendo los medios probatorios, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión, ello implica, la existencia de ciertos presupuestos elementales que debe tener presente el juzgador para cerciorarse de la responsabilidad del autor del delito. En dicho entendido y como se ha mencionado precedentemente, propiamente no existe una atribución sustentada en una apropiación de dinero, contrariamente a ello, la imputación formulada contra los procesados se refiere a una presunta concertación y favorecimiento al representante legal de la empresa SERICO Sociedad Anónima en la contratación de servicios de fiscalización tributaria; que siendo así, no se observa los presupuestos constitutivos del delito de peculado.

Sexto: Que, la Ley número veintiséis mil setecientos trece, que modifica el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que era la norma aplicable al caso concreto, pues era la vigente en la fecha de los hechos, sancionaba al *“funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en el 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”*, sin embargo, el elemento típico “defraudar” resultaba discutible, en la medida que no se encuentra expresamente indicado en la norma, surgiendo aquí dos posiciones, una que indicaba que el ilícito se consumaba simplemente con la sola concertación, sin necesidad de plasmación del perjuicio económico; de otro lado, la segunda posición sostenía que este delito es uno de resultado, de manera tal que no basta la sola concertación para perjudicar los intereses del Estado, sino que esa conducta debe traer consigo un perjuicio económico, empero, la jurisprudencia nacional se ha adherido a esta última lógica interpretativa, calificándola con la terminología “perjuicio potencial”, que en definitiva será el marco de pronunciamiento de este Supremo Tribunal dado que el caso *submateria*

sucedio durante la vigencia de la mencionada disputa. Lo cierto es que tal discusion se mantuvo con encono hasta la expedicion de la Ley numero veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, de fecha veintiuno de julio de dos mil once, que puso final a esta cuestion, pues ahora se sanciona tanto la "concertacion" como "el perjuicio".

Sétimo: Que, en el caso concreto no existe ningun elemento de juicio que genere conviccion sobre evidencias de una afectacion potencial al patrimonio estatal, menos aun, elementos que demuestren la concertacion; y si bien el Tribunal Superior si valoro las conclusiones de los dictamenes periciales que se practicaron conforme consta del considerando seis punto tres de la recurrida, tambien lo es que el dictamen ampliatorio de la pericia contable de fojas setecientos cincuenta y cinco, en ninguno de sus extremos concluye por la existencia de un posible perjuicio economico, pues solo se limita a senalar textualmente en su tercera conclusion "El veinticinco de octubre de dos mil uno, la Empresa SERICO S.A. presenta su tercera liquidacion por un monto bruto de S/. 1'328,051.32 nuevos soles, sin ningun sustento tecnico que acredite tal trabajo, presentando los mismos cuadros que presento CONATA el quince de octubre de dos mil uno, con una deuda actualizada al quince de diciembre de dos mil, cobrando por tal trabajo S/. 109,229.26 nuevos soles", esto es, se cuestiona un posible plagio del examen realizado por las autoridades de CONATA, pero en rigor, no subsiste un perjuicio, toda vez, que los resultados del examen de fiscalizacion tributaria por un mismo lapso de tiempo arroja un mismo resultado, entonces ¿donde se encuentra el favorecimiento para reducir la deuda tributaria?, que nos haga inferir una concertacion ilegal. En el contexto antes acotado, sin duda alguna podemos colegir que no se evidencia perjuicio economico potencial como tampoco indicios de un acuerdo confabulatorio entre los funcionarios ediles y los funcionarios de la Empresa Petroleos del Peru, pues finalmente dicha persona juridica seria la unica beneficiada con una posible reduccion de la deuda tributaria, maxime, cuando el titular de la accion penal, no ha mencionado ¿en que consistiria la presunta concertacion? o ¿de que forma se habria llevado a cabo esta?, y por lo demas, tampoco podria inferirse un acuerdo entre los funcionarios ediles y el representante de la Empresa SERICO, pero para su contratacion de un servicio de determinacion tributaria que no iba a realizar sino a plagiar de un organismo estatal como es el CONATA, con previo y expreso conocimiento y asentimiento de los funcionarios de la Municipalidad agraviada, sin embargo, adem as de que tampoco existe prueba al respecto, no fue materia de la acusacion fiscal, por tanto, la imputacion por el delito de colusion tampoco ha sido demostrada, coligiendose que lo resuelto por el Tribunal Superior resulta conforme a ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2264 – 2011
PIURA

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinte de junio de dos mil once, de fojas ochocientos ochenta y siete, que absolvió de la acusación fiscal a Manuel Agustín Muñoz Castillo, Ricardo Félix Palacios Núñez, Eduardo Tequen Gonzáles , Jorge Luis Herrera Atoche, Jim Henry Merino Merino y Floro Canales Flores, como autores del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado doloso y colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de El Alto y el Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

RT/hcb