

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO**

Lima, doce de diciembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por los procesados Salomón Abensur Díaz, Temístocles Rafael Saavedra Perea, Marco Antonio Burga Pérez, Wilson Javier Ríos Babilonia, Gilberto García Vargas y Lucy Mirna Vargas Viuda De García; contra la resolución del treinta y uno de enero de dos mil doce, obrante a folios dos mil ciento cuarenta, que condenó a Salomón Abensur Díaz, Temístocles Rafael Saavedra Perea, Marco Antonio Burga Pérez, Wilson Javier Ríos Babilonia, como autores del delito contra la Administración Pública - Colusión, en agravio de la Municipalidad Provincial de Maynas y a Gilberto García Vargas y Lucy Mirna Vargas Viuda De García como cómplices primarios del mismo delito en perjuicio de la citada comuna; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que el encausado Marco Antonio Burga Pérez en su recurso formalizado de folios dos mil ciento setenta y ampliado a fojas dos mil doscientos ocho, sostiene: **i)** Que la modalidad contractual que sustentó la concesión del predio municipal no requería ser aprobada por el Concejo, conforme interpreta del artículo treinta y tres de la Ley Orgánica de Municipalidades. **ii)** Que no se ha acreditado que haya concertado con los demás acusados para la suscripción del contrato de comodato, menos que hubieran repartido roles, para ello, pues de haberse confabulado realmente con sus coinculpados Abensur Díaz y Saavedra Perea, éstos no lo hubieran

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO

- 2 -

incriminado como único responsable en el inicio de la investigación preliminar y que el hecho que se haya probado que sus coimputados mencionados conocían a los beneficiarios del contrato no le es extensible sin más, peor aún, considerar que concertó con ellos en detrimento de la entidad. **iii)** Que suscribió el contrato porque advirtió un Informe Técnico del estado calamitoso del inmueble, la opinión favorable del Asesor Legal de la Municipalidad Provincial de Maynas y que la mínima capacidad de financiamiento con la que contaba no le permitía a la entidad efectuar la refacción del inmueble directamente, por lo que consideró el comodato como una alternativa; finalmente, sostiene* que la comuna se benefició con la implementación del negocio jurídico celebrado, pues el dinero invertido en la recuperación y refacción del lugar por parte de los terceros resultó significativamente mayor al monto que la entidad hubiera percibido por alquiler, aún añadiéndole los costos de energía eléctrica y agua potable, conforme emerge de las pericias. **Segundo:** Que, Salomón Abensur Díaz, en su recurso formalizado de folios dos mil ciento setenta y cinco, sostiene: **i)** Que contrariamente a lo mencionado por el Tribunal de Instancia, no concertó con nadie para entregar en uso el inmueble señalado, ni participó en reuniones donde se haya tocado ese tema, antes bien esos asuntos fueron delegados al Gerente de Administración Burga Pérez, no existiendo en autos prueba material que acredite lo contrario. **ii)** Que si bien puede existir un parentesco espiritual por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO

- 3 -

apadrinar el nacimiento de uno los hijos del beneficiado García Vargas, ello constituía una práctica política común en época electoral, que no se traduce necesariamente en una relación cercana; **iii)** Que la declaración de su coinculpado García Vargas es inverosímil, pues no ha sido uniforme; que el no haber tomado medidas luego de conocer la existencia del contrato y la omisión de someterlo a Concejo Municipal, constituye una conducta distinta a los hechos imputados en el delito, tanto más frente a la existencia de informes favorables de las áreas que correspondían; finalmente alude que la imputación fáctica en dos tiempos de: concertación primero y reparto de funciones después; no corresponden con la conducta típica que describe un sólo supuesto. **Tercero:** Que asimismo, Temístocles Rafael Saavedra Perea, en su recurso formalizado de folios dos mil ciento noventa y siete, sostiene que si bien tuvo conocimiento de la firma del contrato, éste fue emitido conforme a los informes aprobados por diferentes áreas de la Municipalidad, que su participación obedeció estrictamente a la función y cargo que ostentaba como Gerente Municipal y que la finalidad de entregar mediante contrato de comodato obedece a que la Comuna de Maynas en ese entonces, no contaba con recursos para la remodelación de dicho local y que en las condiciones en que se encontraba era necesario recuperarla. **Cuarto:** Que de otro lado, el procesado Ríos Babilonia, en su recurso formalizado de folios dos mil doscientos uno, señala que su condena es injusta pues sólo se sostiene en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO

- 4 -

haber emitido una opinión legal –que por cierto estima protegida constitucionalmente por el derecho de opinión- sin que, igualmente, se haya acreditado fácticamente concertación alguna con terceros o los funcionarios de la Comuna; y que la defraudación al Estado no se encuentra presente en los hechos, pues conforme se establece en las pericias, la Municipalidad de Maynas no ha efectuado ningún gasto durante el contrato en referencia y en su momento el valor de alquiler era cero. **Quinto:** Que por último, los sentenciados Gilberto García Vargas y Lucy Mirna Vargas Viuda De García, en sus recursos de folios dos mil doscientos trece y dos mil doscientos veintidós, respectivamente, sostienen que no tienen la calidad de funcionarios públicos y, por ende, de decidir sobre trámite municipal alguno; que la omisión por parte de sus coincurpados funcionarios de solicitar autorización al Concejo Municipal para la cesión del inmueble edil, sólo daría lugar a una imputación por incumplimiento u omisión de funciones, no extensibles a él y su madre dada su condición de particulares; que el vínculo espiritual que mantiene García Vargas con el Alcalde de la Comuna no constituye un impedimento legal para contratar con el Estado o que se pueda afirmar a partir de ello la existencia de un concierto defraudatorio al Estado; y que la sentencia es incoherente cuando señala por un lado que no existe prueba de las refacciones y construcciones en el local, y por otro contradictoriamente establece que hubo un restaurante dirigido

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO

- 5 -

por el recurrente y con ello la obligación de pagar consumos de agua y energía eléctrica. **Sexto:** Que según la acusación fiscal de folios mil ochocientos diecisiete se atribuye a los procesados en su condición de Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Maynas, Salomón Abensur Díaz - Alcalde -; Temístocles Rafael Saavedra Perea - Gerente General -; Marco Antonio Burga Pérez - Gerente de Administración - y Wilson Javier Ríos Babilonia - Asesor Legal -, en enero del dos mil siete, haber concertado con Lucy Mirna Vargas Viuda De García y Gilberto García Vargas, propiciando la suscripción y ejecución de un contrato de comodato y su ampliación, totalmente lesivo a los intereses de la Municipalidad, mediante el cual ésta cedió un local de la Comuna ubicado en el boulevard de Iquitos, para ser usado como negocio a través de la empresa de Lucy Vargas viuda de García, administrado por Gilberto García Vargas, sin la obligación de parte de éstos del pago de renta alguna, habiendo sido usado en esas condiciones por el lapso aproximado de un año, defraudando así al Estado; asimismo, incumpliendo los acuerdos del contrato, los beneficiarios no pagaron los servicios de energía eléctrica y agua potable que consumieron durante el tiempo del contrato, el que ascendía a once mil ciento veintidós punto cuarenta y cinco nuevos soles, antes bien ello fue oportunamente cubierto por la propia Municipalidad durante dicho periodo; no obstante, dos años y medio después los beneficiados devolvieron dicho monto a la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO

- 6 -

entidad edil. **Sétimo:** Que el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, o cualquier otra operación semejante, en la que intervenga por razón de su cargo, defrauda al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; resaltando que este delito tiene como objeto genérico de tutela penal, el normal funcionamiento de la administración pública, entendido como su regular desenvolvimiento en términos de orden y legalidad, asociado necesariamente a su prestigio e intereses; y como objeto específico de protección, el ámbito patrimonial público administrado. Se trata de un tipo especial propio que requiere del sujeto activo una doble calificación: **a)** La condición de funcionario o servidor público; y **b)** Que éste intervenga con facultades específicas de decisión en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, sea por razón de su cargo o comisión especial. En cuanto al comportamiento criminalizado, tenemos que su núcleo típico incorpora dos elementos necesarios: **i)** La concertación con los interesados - particulares -, que implica ponerse de acuerdo con los interesados de modo subrepticio y confabulatorio, contrariamente a lo permitido por la ley; situación en la cual el agente contraviene la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que deben regir su actuación administrativa; requiriendo dolo directo en el

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO**

- 7 -

actuar de su autor; y **ii)** La defraudación al Estado o ente público concreto, como consecuencia de la concertación, dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, implica la existencia de un potencial perjuicio que incida en la economía pública generando una erogación presupuestal; por lo que se requiere que los acuerdos colusorios sean idóneos para perjudicar el patrimonio del Estado, comprometiendo indebidamente y lesivamente los recursos públicos. **Octavo:** Que como se observa del contenido de la acusación de folios mil ochocientos diecisiete, se atribuye a los procesados que en su calidad de funcionarios de la Municipalidad agraviada se concertaron con los encausados Lucy Mirna Vargas Viuda De García y Gilberto García Vargas, suscribiendo y ejecutando un contrato de comodato y su ampliación, que resultó lesivo a la Comuna, pues se cedió un inmueble ubicado en el boulevard de Iquitos, para usarse comercialmente por los extraneos, sin la obligación de éstos de pagar renta alguna; de lo que se aprecia que el acusador esgrime como principal imputación la firma del contrato de comodato, considerándola lesiva a los intereses de la Comuna agraviada e indicio de la existencia de concertación ilícita entre funcionarios y particulares; por lo que se analizará a continuación el contenido legal de este tipo de contrato a fin de acreditar tal imputación. **Noveno:** Que el contrato de comodato es descrito por el artículo mil setecientos veintiocho del Código Civil, señalando: "Por el

[Handwritten marks and scribbles on the left side of the page, including a large bracket-like shape and several overlapping loops.]

[Handwritten signature or mark at the bottom right of the page.]

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO**

- 8 -

comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva"; como se observa la imputación del acusador estriba en que la firma del contrato de comodato perjudicó a la Comuna porque se cedió un inmueble sin pago alguno por ello, sin embargo, la naturaleza misma de tal contrato estriba en la gratuidad de la entrega, por lo que no tiene sustento legal tal aseveración incriminatoria, habiéndose demostrado por el contrario mediante el contrato de folios seiscientos veinticuatro firmado entre el encausado Marco Antonio Burga Pérez - Gerente Administrativo de la Comuna - y la procesada Lucy Vargas de García, que se cedió el inmueble por seis meses entre enero y junio de dos mil siete, y posteriormente se firmó la addenda de folios seiscientos veintiséis, por seis meses adicionales, obligándose ésta última a invertir en la recuperación del mismo, así como asumir los gastos y costos que involucrara su mantenimiento.

Décimo: Que asimismo, ha quedado demostrado el estado ruinoso y abandonado en el que se encontraba el local sub materia, como se observa tanto de las fotografías de folios mil ochocientos sesenta y cinco a mil ochocientos ochenta y cuatro, como del Informe pericial de oficio de fojas dos mil sesenta, en el que se determina que el costo de alquiler debido a la no existencia de ofertantes era de cero, precisando que se realizaron mejoras durante la duración del contrato; por ello el estado de conservación del inmueble en buena cuenta condicionó la realización del contrato de comodato

[Handwritten marks and scribbles on the left margin, including a large 'L' shape and several overlapping loops.]

[Handwritten signature or mark at the bottom right.]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO

- 9 -

obran en autos, pues la intención de los funcionarios intervinientes en los hechos, fue la de revalorizar el mencionado local sin costo para la Comuna; a lo que se suma el mérito probatorio de la pro forma certificada notarialmente para la refacción del local "Garza Blanca", que obra a folios mil ochocientos trece, emitida por Luis López Ramos; así como la declaración jurada de Gil Francisco Guerra Silva, en la que se señala que se realizó un gasto de once mil setecientos sesenta nuevos soles en la restauración del local, detallando los rubros de labor. **Undécimo:** Que estando a lo anterior, debe resaltarse que el incumplimiento de los acuerdos del contrato, en cuanto al no pagó de los servicios de energía eléctrica y agua potable que se consumió durante el tiempo del contrato, que ascendía a once mil ciento veintidós punto cuarenta y cinco nuevos soles, que fuera cubierto por la Municipalidad y que no obstante, dos años y medio después los beneficiados cancelaron el monto adeudado a la entidad edil, por lo que desde esta óptica de análisis dicho indicio no tiene sustento fáctico para acreditar la concertación ilícita entre funcionarios y particulares para defraudar al Estado; más aún, si tal conducta no reviste contenido penal, a efectos de configurar el tipo penal de Colusión, ni constituye indicio de su perpetración, pues sólo refleja un acto posterior a los hechos incriminados a los extraneus, que en buena cuenta no puede argüirse a título de incriminación, en razón que constituye un incumplimiento de las normas del contrato de comodato suscrito por los particulares con

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO

- 10 -

la Comuna, circunstancia que por su naturaleza civil no resulta perseguible penalmente; todo lo cual acredita la no existencia de dolo en el actuar de los funcionarios públicos involucrados y de los extraneus en la firma del contrato de comodato, pues se cedió el inmueble por el estado ruinoso en que se encontraba, conforme se observa de autos, con el objeto de darle valor comercial a costo de un tercero; no habiéndose perjudicado a la entidad edilicia, pues los servicios impagos fueron luego cubiertos por los particulares; por lo que al no existir en autos suficiencia probatoria que demuestre la imputación fiscal en contra de los imputados, procede su absolución de los cargos formulados; resultando aplicable lo dispuesto en el párrafo uno del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales; por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de folios dos mil ciento cuarenta, del treinta y uno de enero de dos mil doce, que condenó a Salomón Abensur Díaz, Temístocles Rafael Saavedra Perea, Marco Antonio Burga Pérez, Wilson Javier Ríos Babilonia, como autores del delito contra la Administración Pública - Colusión, en agravio de la Municipalidad Provincial de Maynas y a Gilberto García Vargas y Lucy Mirna Vargas Viuda De García como cómplices primarios del mismo delito en perjuicio de la citada comuna; reformándola **ABSOLVIERON** a Salomón Abensur Díaz, Temístocles Rafael Saavedra Perea, Marco Antonio Burga Pérez, Wilson Javier Ríos Babilonia, de la acusación fiscal formulada en su contra como autores del delito contra la Administración Pública -

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1288-2012
LORETO**

- 11 -

Colusión; y a Gilberto García Vargas y Lucy Mirna Vargas Viuda De García como cómplices primarios del mismo delito en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Maynas; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales de los procesados generados como consecuencia de la tramitación de la presente causa y el archivo de la causa; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

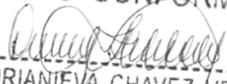
BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

SANTA MARÍA MORILLO

SE PUBLICO CONFORME LA LEY



DINY YURIANTEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

PT/lmfr

14 MAR. 2013