



Lima, dieciséis de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Tello Gilardi; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado José Cañabi Montes, contra la sentencia de fojas dos mil cuatrocientos veintitrés, del dieciséis de agosto de dos mil diez, en el extremo que lo condena a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de dos años de prueba, por el delito contra la Administración Pública, en las modalidades de peculado doloso y colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Ahuaycha; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: Primero: Que el encausado José Cañabi Montes en su recurso formalizado de fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y seis, alega que la recurrida no valoró ni compulsó adecuadamente las pruebas obrantes en autos, que demuestran su inocencia. Segundo: Que, según la acusación fiscal de fojas dos mil treinta y cinco, se le imputa al encausado José Cañabi Montes, durante su gestión como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Ahucycha, los siguientes hechos: i) haber concertado defraudatoriamente -con otros- para el otorgamiento de la buena pro, en la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero dos - PVI - dos mil uno - MDA, realizada en el mes de mayo de dos mil uno, y que fuera otorgada a favor de la empresa Celena S.A.C.; ii) haber concertado defraudatoriamente para el otorgamiento de la buena pro, en la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero uno - PVI - dos mil uno - MDA, evidenciándose irregularidades en la adjudicación brindada a favor de la empresa "Alimentos Industriales Del Valle S.A.C." -para el abastecimiento de productos de primera necesidad: avena, arroz y leche evaporada-; iii) No haber efectuado acción en defensa de los fondos públicos que le otorgaron en administración y haber permitido que los servidores públicos y terceras personas se apropiaran o utilizaran a su favor dichos fondos. Asimismo, la tesis incriminatoria precisa: (i) que el

Handwritten signature and scribbles on the left side of the page.

Handwritten signature at the bottom right of the page.

imputado Ezequiel Ramos Orellana –ya sentenciado–, por indicación del acusado recurrente, remitió con fecha dieciséis de agosto de dos mil el informe número cero cero ocho – dos mil – ABAST – MDA, mediante el cual rindió cuenta del gasto por el alquiler de la compresora de aire, del martillo perforador y del transporte de estos bienes, habiendo adjuntado tres facturas giradas a nombre de la empresa EXCO S.C.R.L. por un total de cuatro mil seiscientos seis nuevos soles, y una declaración jurada por trescientos noventa y cuatro nuevos soles por una supuesta compra de explosivos; **(ii)** que pretendió justificar gastos con documentos que carecían de consistencia técnica o legal, sin haberse acreditado la adquisición del bien o servicio, motivo por el que desembolsó a su favor –y de otros imputados– la suma de veinte mil quinientos setenta y seis nuevos soles, durante los años mil novecientos noventa y nueve al dos mil; **(iii)** haber ordenado la cancelación del “Plan de Ordenamiento Urbano” a favor del acusado Raúl Bernardo Mayta, a pesar de que este carecía de utilidad y aún el servicio estaba incompleto; hechos que fueron tipificados como delitos de peculado doloso previsto en el artículo trescientos ochenta y siete, y colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro. **Tercero:** Que, respecto al delito de peculado doloso, a manera de introducción, es necesario precisar, que se configura cuando: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, [...]”¹. Este tipo penal es “un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las

¹ Artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal – Delito de Colusión Desleal.

expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional"²; asimismo, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en 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 a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión. **Cuarto:** Que en ese sentido, la responsabilidad penal del acusado recurrente en este delito, se da en base a lo siguiente: **a)** del Informe Pericial adjuntado en cuaderno separado –en dos tomos–, en el que da cuenta de la realización de varios pagos efectuados sin haberse demostrado el sustento legal y fáctico respectivo; **b)** que conforme se observa de fojas trescientos cincuenta el acusado Raúl Bernardo Mayta –jefe del departamento de infraestructura–, con fecha cuatro de mayo de dos mil formuló una solicitud de requerimiento dirigida al encausado Cañabi Montes para la compra de materiales y/o alquiler de equipos para la ejecución de la obra "Construcción del Camino vecinal Ayrampo Cconoc", empero el acusado Ezequiel Ramos Orellana –ya sentenciado– en su declaración de fojas trescientos noventa y tres, sostiene que respecto al desembolso del comprobante de pago número ochenta y nueve por el monto de cinco mil nuevos soles fue cobrado por él en el Banco de la Nación, pero que el íntegro fue entregado a su vez a los acusados Cañabi Montes y a Bernardo Mayta –jefe de infraestructura–, pero precisó que no le constaba que se haya realizado el alquiler de dichas maquinarias, y que fue el acusado recurrente quien le entregó

² JAKOBS Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes.

las facturas para que sustente el desembolso, agrega que el inculpado le indicó que por la diferencia que faltaba de trescientos noventa y cuatro nuevos soles realice una declaración jurada indicando la compra de explosivos, cuando realmente no se realizó, siendo el caso que durante el juicio oral los peritos contadores Rolando Poma Camarena y Víctor Araujo Yachi señalaron que dicha declaración jurada no resultaba válida para probar el pago de un servicio o compra de un bien –ver declaración de fojas dos mil trescientos setenta y ocho–, asimismo, las autorizaciones –según manifiestan los peritos– para los desembolsos fueron realizados por el alcalde –el acusado recurrente–.

Quinto: Que, en relación al delito de colusión la norma sanciona al: *“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 las interesadas en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros...”*³ –debe tenerse presente la normatividad vigente al momento de la comisión del referido delito–.

Sexto: Que, al respecto, este Tribunal Supremo considera pertinente desarrollar algunas características nucleares para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal; así: **i) Fundamento de Imputación jurídico-penal:** no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *“neminem laedere”* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que, cuando defraude las

³ Artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal – Delito de Colusión Desleal.

expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional⁴. No obstante ello, esta exigencia formal de "funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación defraudatoria -las mismas que pueden concretizarse en: **a)** acuerdos específicos en las etapas de una negociación, **b)** adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, **c)** acuerdos una vez que los contratos lleguen a su fin -cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio-, y **d)** provisiones o abastecimientos de diversos bienes- en razón de su cargo o de su comisión especial", que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo⁵, presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo;

ii) Naturaleza jurídica: de "lesión", pues no basta el simple acuerdo colusorio, -base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad- puesto que, exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial "defraude al Estado"; **iii) La expectativa normativa que protege** -o bien jurídico protegido-: el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública -en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos-. Ahora bien, el delito de colusión no es un tipo penal orientado directamente a garantizar la protección del patrimonio del Estado, sino a garantizar y cautelar los intereses de la Administración Pública; bajo esta premisa:

⁴ JAKOBS Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes.

⁵ Vid., GARCÍA CAVERO, *Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal*, en: Percy García Caveró y Jose Luis Castillo Alva "El delito de Colusión", editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página treinta y dos.

"defraudar al Estado" no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo -atento al principio de lesividad: artículo cuatro del Título Preliminar Código Penal- como peligro concreto, que se genera cuando un funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección -adquisición de bienes o servicios- acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose de esta forma, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido⁶; siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo⁷. **Sétimo:** En ese sentido, tanto la materialidad del delito de colusión como la responsabilidad penal del encausado Cañabi Montes por el referido delito se encuentra debidamente acreditado con los siguientes indicios periféricos, toda vez que: **a)** de la revisión de autos, no se evidencia que se haya realizado el procedimiento respectivo a efectos de que se realice la adjudicación de la buena pro, pues no existen las cartas de invitación que se hayan cursado formalmente como la ley lo exige, a los tres postores - Cereales y Leguminosas Nacionales - Celena S.A.C., Negociaciones Marketing S.R.L., y Organización de Servicios para Abastecimiento S.R.L. - OSA S.R.L. -, quienes además no otorgaron direcciones congruentes con el rubro empresarial que realizan -hecho que se corrobora con las constataciones policiales obrantes a fojas cuarenta y ocho, cincuenta, cincuenta y dos, cincuenta y cuatro y cincuenta y seis-; **b)** que, conforme a las bases del concurso de adjudicación, obrante a fojas ciento noventa y cuatro, se requería de un certificado de análisis microbiológico - físico químico, realizados en laboratorios autorizados por INDECOPI; asimismo, se exigía una

⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de colusión*, Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página cuarenta y nueve.

⁷ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil dos, página doscientos ochenta y ocho.



declaración jurada y/o constancia emitida por INDECOPI donde debía indicar que el producto de origen nacional contenía setenta y cinco por ciento de insumos nacionales, sin embargo, la avena "Crema Brillante" que fue seleccionada no tenía oportunidad de ganar al no contar con dichos requisitos, además de no ser una marca conocida;

c) que una de las consecuencias, fue que los beneficiarios del programa "Vaso de Leche", al percatarse que el acusado recurrente con fechas treinta y uno de mayo y veintiséis de octubre de dos mil uno suscribiera un contrato de compra de insumos número cero cero dos – dos mil uno – PVL – MDA –de fojas doscientos doce– y un adendum en el cual se omitió considerar las garantías que debía ofrecer el contratista, así como la causal de resolución en caso de incumplimiento de la calidad y sabor del producto seleccionado, no aceptaron la avena "Crema Brillante" cambiándose el producto por la avena "La Molinera" –conforme se observa del acta de fojas ochocientos diez–, conviniéndose el pago irregular mensual de siete mil trescientos veintiséis nuevos soles en perjuicio de la municipalidad; d) respecto a la concertación con el representante de la empresa "Alimentos Industrializados del Valle" –y otros integrantes de la comuna–, se tiene de la documentación de fojas doscientos ochenta y ocho, ninguna de las tres empresas que se presentaron adjuntó el certificado de calidad del producto –que sea emitido por instituciones específicas conforme a ley–, conforme lo exigía las bases de Adjudicación Directa número cero cero uno – PVL – dos mil dos – MDA, conforme se advierte del Informe Especial número cero cero nueve – dos mil cuatro – CG/ORHU de fojas trescientos noventa y cuatro y siguientes –anexos trece al dieciséis–; por lo que debió declararse desierto dicho concurso, no obstante dicha omisión se otorgó el mayor puntaje a la empresa referida. Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil cuatrocientos veintitrés, del dieciséis de agosto de dos mil diez,



en el extremo que condena a José Cañabi Montes, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de dos años de prueba, bajo determinadas reglas de conducta; por el delito contra la Administración Pública, en las modalidades de peculado doloso y colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Ahuaycha; con lo demás que al respecto contiene y es materia de recurso.- Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por licencia del señor Juez Supremo Prado Saldarriaga.-

SS.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

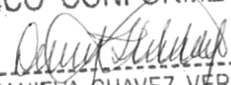
VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

SANTA MARÍA MORILLO

TG/cgh

SE PUBLICO CONFORME A LEY



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