



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO NULIDAD N.º 1940-2017/ANCASH
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Intervención delictiva en el delito de peculado doloso

Sumilla. El alcalde como máxima autoridad de la Municipalidad tiene mediatamente la disposición funcional sobre los caudales públicos –existencia de una relación funcional sobre ellos–. A él le corresponde, desde lógicas de administración o gestión, dirigir y supervisar las actividades económicas de la institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos para finalidades determinadas requiere de su concurso directivo. El conjunto de obras realizadas y cuestionadas, vulnerando las regulaciones de la materia que comprometían el presupuesto de la municipalidad no podían realizarse sin su necesaria intervención como máxima autoridad edil. El recurso defensivo del encausado debe desestimarse.

Lima, veintiséis de setiembre de dos mil dieciocho

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el encausado MIGUEL HERRADA MORALES y por el señor FISCAL SUPERIOR DE ANCASH contra la sentencia de fojas mil quinientos sesenta y uno, de diez de julio de dos mil diecisiete, en cuanto (i) absolvió a Miguel Herrada Morales y a Rubén Mosquera Portella –al primero como autor y al segundo como cómplice primario– de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de colusión en agravio de la Municipalidad Distrital de Cholón; y, (ii) condenó a Miguel Herrada Morales como autor del delito de peculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Cholón a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicional por el plazo de tres años, y dos años de inhabilitación, así como fijó en treinta mil soles que abonará por concepto de reparación, sin perjuicio de la devolución de lo apropiado.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

§ 1. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA DEL IMPUTADO Y DEL FISCAL SUPERIOR

PRIMERO. Que el encausado Herrada Morales en su recurso formalizado de fojas mil seiscientos setenta y cuatro, de veinticuatro de julio de dos mil diecisiete, instó la absolución de los cargos por delito de peculado. Alegó que no se precisó su intervención en el delito materia de condena y cuál fue el rol que desempeño

en su comisión –no se explicó cómo se apropió de los caudales públicos, con qué medios y en qué circunstancias–; que no se acreditó que tuvo el dominio o custodia de los caudales públicos –la Municipalidad tiene un contador y un Gerente Municipal–; que la Municipalidad de Cholon estaba ubicada en una “zona roja”, de emergencia, por lo que se exoneró de los procedimientos de contratación; que se ejecutó el presupuesto conforme al cuadro de necesidades; que no se acreditó de qué forma se sobrevaloró los trece proyectos.

SEGUNDO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas mil seiscientos noventa y tres, de veinticuatro de julio de dos mil diecisiete, requirió la anulación de la absolución por el delito de colusión dictada a favor de Herrada Morales y Mosquera Portella. Argumentó que, según se reguló el delito de colusión el día de los hechos, solo bastaba el acuerdo colusorio para su acreditación; que para la contratación de la empresa de Rubén Mosquera Portella no se efectuó ningún proceso de selección, y se efectuaron pagos sin el sustento del avance real del supuesto servicio brindada por el contratista; que en base a indicios se puede dictar sentencia condenatoria.

§ 2. DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL MATERIA DE LOS RECURSOS

TERCERO. Que se trata de dos delitos cometidos en tiempos distintos del año dos mil siete, a propósito de la actividad de la Municipalidad Distrital de Cholon, cuyo alcalde era el encausado Herrada Morales.

1. Respecto del delito de peculado doloso, la sentencia de instancia declaró probado varios actos de apropiación de fondos públicos municipales. Así, se tiene lo siguiente:

A. La Municipalidad manejó la suma de un millón seiscientos dos mil cero diez punto catorce soles, entre diversas fuentes de financiamiento, pero gastó la suma de un millón setecientos ochenta y dos mil trescientos ochenta y uno punto cincuenta y cinco soles. No se justificó el exceso de ciento ochenta mil trescientos setenta y uno punto cincuenta y cinco soles. Se entendió que este último monto fue objeto de apropiación, desde que no se siguió el procedimiento de control legalmente establecido por la Contraloría General de la República.

B. En el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) dos mil siete se consideraron trece proyectos, y en su ejecución se sobrevaloraron sus costos. Así: **(i)** en el “Proyecto Equipamiento de Palacio Municipal de Cholon” medió una sobrevaloración de dieciséis mil ochocientos setenta y tres soles; **(ii)** en el “Apoyo a la Comunicación Comunal y Obras de Emergencia” medió una sobrevaloración de doscientos cincuenta y siete mil ciento noventa y uno punto cuarenta soles; **(iii)** en la “Construcción del Centro Educativo 84088 – San José” medió una sobrevaloración de diecisiete mil novecientos cincuenta soles; **(iv)** en la “Construcción del Centro Educativo número 84276 – San Martín de Porres II

Etapa” medió una sobrevaloración de siete mil ciento sesenta y cuatro soles; (v) en la “Construcción de la Institución Educativa San Vicente” consta un pago por la suma de mil cuatrocientos soles consignado a favor de Teódulo Carlos Escribel Cabanilla y realizado el día catorce de junio de dos mil siete, sin sustento alguno; (vi) en la “Construcción de la Institución Educativa de Huacrachuco – San Pedro” medió una sobrevaloración de cuarenta y un mil doscientos dieciséis punto cero siete soles; y, (vii) en la “Construcción de Puentes Peatonales en el Centro Poblado de El Paraíso” se efectuó un supuesto gasto por diecinueve mil doscientos veintidós soles sin documentación que lo sustente.

C. El cuatro de junio de dos mil siete se suscribió un contrato con la empresa Inversiones San Pablo para la ejecución de la obra “Trocha Carrozable Achira – Nueva Galilea (Ollas)” por ciento siete mil cien soles, pese a que la Municipalidad no contaba con un presupuesto autorizado. Además, se efectuó a la empresa un pago adelantado indebido por noventa y cinco mil trescientos cuarenta y cinco soles –el pago por ese concepto no podían exceder del sesenta por ciento del monto del contrato–.

2. En lo atinente al delito de colusión, la acusación fiscal de fojas ochocientos cuarenta puntualizó que el encausado Herrada Morales suscribió un contrato de obras con la empresa Inversiones San Pablo, representada por su coencausado Mosquera Portella por un monto de ciento siete mil cien soles, pese a que no contaba con un presupuesto autorizado. Esta contratación se efectuó sin ningún procedimiento de selección y no existe autorización para una contratación directa, ni se dieron los presupuestos para la exoneración de ese procedimiento. Al contratista se le entregó por concepto de adelanto de noventa y cinco mil trescientos cuarenta y cinco soles excediéndose el sesenta por ciento del monto contratado fijado por la Ley, incluso en el propio contrato se indicó que el adelanto sería del diecinueve por ciento (veinte mil trescientos cuarenta y nueve soles). Los pagos sucesivos se efectuaron sin acreditación de la efectividad del servicio –no consta documentación que lo justifique–. La Municipalidad compró víveres secos en “apoyo” a la contratista por un monto de novecientos noventa y nueve punto treinta soles, lo que no era procedente.

§ 3. DE LA ABSOLUCIÓN DEL GRADO

CUARTO. Que los hechos se descubrieron a raíz de la denuncia de los ciudadanos del distrito de Cholón, conforme consta de la denuncia de fojas una. Se formularon serios reparos al desempeño económico de la Municipalidad de Cholón dirigida por el encausado Herrada Morales.

La pericia contable oficial de fojas ciento setenta y seis, ratificada sumarialmente a fojas setecientos dieciocho, dio cuenta de los mayores gastos incurridos y de su falta de justificación –su descripción consta en la sección dos de esta

Ejecutoria-. Asimismo, en relación a los Centros Educativos: San Martín de Porres y San José, los Informes Técnicos de Tasación de fojas trescientos once y trescientos treinta y uno, ratificados a fojas ochocientos cinco, establecen que, en función al gasto ejecutado, se sobrevaloró ambas obras.

Es evidente, entonces, que –como los gastos no reflejan lo presupuestado– se efectuaron pagos a terceros (al margen de la Administración) injustificadamente, incluso se sobrevaloraron obras. En consecuencia, se dispuso de los caudales públicos como si formaran parte del patrimonio particular destinándose a terceros.

QUINTO. Que el encausado Herrada Morales negó los cargos. Expresó que el dinero municipal se destinó a la ejecución de las obras programadas; que por las condiciones de violencia terrorista en la zona no se contaba con asesores legales, aunque sí contaba con contador y gerente pero no era posible un cumplimiento pleno de sus labores profesionales; que, incluso, parte de los ingresos de la Municipalidad fueron administrados por la Municipalidad Provincial de Marañón; que las trece obras presupuestadas sí se realizaron [fojas ciento veintinueve, doscientos dieciséis y cuatrocientos treinta y nueve –se abstuvo de declarar en sede plenarial–].

La pericia oficial y las pericias de tasación ya citadas son claras respecto a la ejecución y pagos destinados para la realización de las mencionadas obras y el consiguiente perjuicio patrimonial sufrido por Municipalidad distrital agraviada. Lo indicado en las pericias de parte de fojas quinientos treinta y cinco y mil cincuenta y uno, no han podido enervar la realidad de una sobrevaluación y de gastos efectuados superior a los presupuestados. La justificación técnica por parte del encausado Herrada Morales a esos montos superiores no se ha producido; luego, ese hecho excluyente alegado, se tiene por improbadado.

SEXTO. Que, ahora bien, el alcalde, en principio, como máxima autoridad de la Municipalidad, tiene mediatamente la disposición funcional sobre los caudales públicos –existencia de una relación funcional sobre ellos–. A él le corresponde, desde lógicas de administración o gestión, dirigir y supervisar las actividades económicas de la institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos para finalidades determinadas requiere de su concurso directivo. En el presente caso, el conjunto de obras realizadas y cuestionadas, vulnerando las regulaciones de la materia que comprometían el presupuesto de la municipalidad, por su dimensión e importancia no podían realizarse –en términos de definición, gestión financiera y pagos– sin su necesaria intervención como máxima autoridad edil. Luego, se le atribuye la afectación patrimonial a la municipalidad.

El recurso defensivo del encausado Herrada Morales debe desestimarse y así se declara.

SÉPTIMO. Que, en lo atinente al delito de colusión, se tiene que se ejecutó el proyecto “Trocha Carrozable Achira – Nueva Galilea (Ollas)” sin que se formalice el marco presupuestario que refleje el monto autorizado inicial, las modificaciones y el monto autorizado final –no hubo presupuesto autorizado–. Según el contrato de fojas ochocientos veintitrés, de cuatro de junio de dos mil siete, celebrado con la empresa Inversiones San Pablo”, representada por el encausado Rubén Mosquera Portella, el monto del mismo ascendió a ciento siete mil cien punto cero soles.

El aludido contrato se suscribió sin que se realice un proceso de selección –no se siguió ningún criterio técnico ni se sustentó la designación de esa empresa ni la fijación del referido monto–; se designó directamente a la referida empresa, a la que incluso –según la pericia contable oficial– se efectuó un pago inicial por noventa y cinco mil trescientos cuarenta y cinco soles –que no era lo que se acordó en el contrato y fijaba la ley–; además, se pagó la suma adicional de ciento dieciocho mil cero noventa y un mil punto setenta y nueve, sin justificación alguna y no se exigió el cumplimiento de una carta fianza. Incluso, la Municipalidad compró víveres secos en “apoyo” a la empresa contratista por un monto de novecientos noventa y punto treinta soles, lo que en modo alguno era procedente.

OCTAVO. Que es patente, primero, la realidad de un concierto en perjuicio de la Municipalidad agraviada –a la que incluso se pagó más de lo pactado en el contrato y se aportó dinero para unos gastos que no correspondían–; y, segundo, la concreción de pagos indebidos, desde la propia falta de autorización para llevarla a cabo y de la forma en que se pagó la ejecución de la obra, por lo que se está ante perjuicio material consolidado mediante fraude.

El imputado Herrada Morales sostuvo que no era necesario un proceso de selección porque se declaró la situación de emergencia. Esta alegación es jurídicamente incorrecta. Debe diferenciarse la declaración de Estado de Emergencia por razones de orden público –que incluyó al distrito de Cholon de la provincia de Marañón, desde diciembre de dos mil cinco–, de la situación de emergencia contemplada en los artículos 19 y 22 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo número 083-2004-PCM), vigente en la fecha de los hechos. Ésta se refiere a acontecimientos catastróficos o de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecte la defensa nacional, que no es lo que ocurrió en el presente caso.

El encausado Mosquera Portella expresó que un trabajador de la Municipalidad le dijo que su coimputado Herrada Morales quería contactarse con él para la ejecución de la obra; que este último le indicó que los plazos para la ejecución de la misma se acortaban; fue en el contrato que no se le exigió carta fianza y los

pagos se efectuaron al avance de la obra [instructiva de fojas ochocientos veinte]. Esta argumentación, como es obvio, no descarta los cargos y, por el contrario, revela la concertación punible con el encausado Herrada Morales.

NOVENO. Que los motivos de la sentencia absolutoria no son de recibo. El tipo penal de colusión (artículo 384 del Código Penal) inicialmente –en su redacción originaria y en las leyes de reforma número 26713, vigente cuando los hechos, y 29703– era de peligro concreto y, luego, tras la reforma operada por las Leyes número 29758 y 30111 y el Decreto Legislativo número 1243, incluyó dos modalidades, la primera configurada como de peligro abstracto y la segunda definida como de resultado lesivo. En el presente caso, según la pericia oficial y lo precisado precedentemente, en el primer párrafo de este fundamento jurídico, se produjo una defraudación patrimonial efectiva. No hace falta una pericia de tasación de la obra “Trocha Carrozable Achira – Nueva Galilea (Olla)”, desde que la pericia contable es lo suficientemente idónea para advertir lo que se pagó indebidamente en desmedro de las arcas municipales.

Igualmente, no es de aceptar la posición de la Fiscalía Suprema respecto a la prescripción del indicado delito –que es un tema de legalidad, no de valoración probatoria–. El hecho empírico que constituye el objeto procesal da cuenta de una efectiva defraudación patrimonial a la Municipalidad agraviada –es más de lo que exigía el originario tipo penal– y, por ende, está comprendido en la nueva modalidad ‘agravada’ de colusión incorporada por la última reforma del artículo 384 del Código Penal. En consecuencia, no es posible estimar, desde la pena máxima privativa de libertad prevista por la norma aplicable, que prescribió la acción penal.

En tal virtud, el recurso acusatorio del Fiscal Superior, basado en el principio de legalidad, debe ampararse.

DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Suprema Provisional en lo Penal: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil quinientos sesenta y uno, de diez de julio de dos mil diecisiete, en cuanto condenó a MIGUEL HERRADA MORALES como autor del delito de peculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Choló a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicional por el plazo de tres años, y dos años de inhabilitación, así como fijó en treinta mil soles que abonará por concepto de reparación, sin perjuicio de la devolución de lo apropiado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. **II. Declararon NULA** la referida sentencia en la parte que absolvió a MIGUEL HERRADA MORALES y a RUBÉN MOSQUERA PORTELLA –al primero como autor y al segundo como cómplice primario– de la acusación fiscal formulada contra



ellos por delito de colusión en agravio de la Municipalidad Distrital de Cholóń; en consecuencia, **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado. **III. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para la iniciación de la ejecución procesal del extremo condenatoria de la sentencia ante el órgano jurisdiccional competente; y, proceda con arreglo a ley respecto del nuevo juicio oral que deberá llevarse a cabo. Intervino el señor juez supremo Ramiro Bermejo Ríos por licencia de la señora jueza suprema Elvia Barrios Alvarado. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

CSM/abp