

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3665 – 2009
AYACUCHO

Lima, doce de octubre de dos mil diez.-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior y la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ayacucho contra la sentencia de fecha dieciocho de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas mil ciento ochenta y uno; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Barandiarán Dempwolf; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: Primero: I)** Que, el Fiscal Superior mediante recurso de fundamentación de agravios de fojas mil doscientos ocho señala que se encuentra acreditado que el establecimiento "La Posada de Santa Inés" y el "Hotel San Francisco" son de propiedad del encausado Gerardo Francisco Ludeña González y su cónyuge María Susana Manco Aedo; por tanto, dicho funcionario en su condición de alcalde no debió participar en el proceso de selección que convocó la Municipalidad Provincial de Huamanga. **II)** Por su parte, el Procurador Público mediante recurso de fojas mil doscientos doce, argumenta que la Sala Penal no ha compulsado adecuadamente los medios probatorios obrantes en autos, tales como los comprobantes de pagos que demuestran que la Municipalidad Provincial de Huamanga abonó sumas de dinero en un aproximado de diez mil quinientos nuevos soles por concepto de hospedaje al establecimiento comercial "Posada de Santa Inés", así como a las órdenes de servicio, boletas de pago, solicitudes de cotización y notas de pedido que demuestran que la Municipalidad Provincial de Huamanga a través del encausado Ludeña Gonzáles abonó montos de dinero a favor del establecimiento comercial. **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal de fojas trescientos ochenta y cinco, que el encausado Gerardo Ludeña

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3665 – 2009

AYACUCHO

González en su condición de alcalde de la Municipalidad Provincial de Huamanga, actuó irregularmente permitiendo que el establecimiento de su propiedad denominado "La Posada de Santa Inés" obtuviera la buena pro en el proceso de selección por el servicio de hospedaje y alimentación al personal médico proveniente del Instituto Especializado de Salud del Niño, que participó en la campaña denominada "extramuros" organizada por la referida municipalidad, llevado a cabo los días veintitrés al treinta de agosto de dos mil tres y del diecisiete al veinticuatro de octubre de dos mil cuatro; asimismo, se le imputa el haber alojado en el mismo establecimiento a dos expertos italianos asesores del Proyecto de Conservación de Biodiversidad y Manejo Sostenible de los Recursos y el Fomento del Ecoturismo entre las Comunidades Campesinas de Chiara y Vischongo, llevado a cabo los días cinco al trece de mayo de dos mil cuatro. **Tercero:** Que, el delito de colusión desleal, es un ilícito penal bilateral que exige el concierto de voluntades entre el funcionario público y el particular que han de interactuar, por ejemplo en el contexto de licitaciones, de donde se infiere que tal especie delictiva no puede tener existencia real si faltan o no concurren esos actos conjuntos y voluntarios; este delito 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, la Fiscalía recurrente, en el fondo, no realiza cuestionamiento alguno a los argumentos esbozados por la Sala Penal Superior en la que sustentó su fallo absolutorio, limitándose a reiterar los hechos que fueron materia de la acusación y el debate oral, por lo tanto, carentes de agravio o

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3665 – 2009

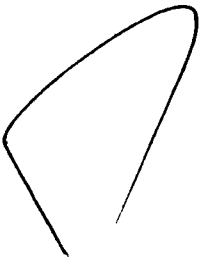

AYACUCHO

perjuicio, es decir, desprovista de diferencias entre la pretensión interpuesta y la decisión judicial final, lo que releva a este Tribunal de realizar mayores comentarios al respecto. **Cuarto:** Que, en el caso sub exámine no permite inferir que la Buena Pro se produjo y/o respondió a un concierto de voluntades, lesivo al interés de la Administración Pública; pues en lo concerniente al elemento perjuicio, su configuración es cuestionada con el informe judicial contable, obrante a fojas seiscientos setenta y nueve, donde se concluye que: *"con referencia la adjudicación de menor cuantía en las tres selecciones de los comprobantes de pago números mil ochocientos ochenta, dos mil quinientos noventa y seis y tres mil doscientos cincuenta y dos, se ha aplicado el artículo noventa y tres de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento respectivo (...) Del mismo modo se ha considerado al precio menor ofertado, donde se ha dado la Buena Pro a la empresa "La Posada de Santa Inés", de Edy Ceferino Limaco Tabeada"; así también debe valorarse que el servicio sí se prestó conforme consta del memorando número cuatrocientos cuatro – DEIDADT – IESN – cero cinco, de fecha veintiséis de mayo de dos mil cinco, de fojas setenta y nueve, máxime, si contra dicho servicio no existió cuestionamiento alguno, según se colige del informe número cero uno cuatro cero – cincuenta y seis – JESN cero cinco, -fojas ochenta y cuatro- emitido por Doctor Juan Rivera Medina, Jefe del Servicio de Gastroenterología del Instituto Especializado de Salud del Niño obrante a fojas ochenta y cuatro, y por lo demás, no se observó perjuicio alguno a la entidad estatal promotora del evento. **Quinto:** que, en cuanto al delito de falsedad genérica comprendido en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, el perjuicio –que no solamente puede ser de carácter económico- es la condición objetiva de punibilidad; y aún cuando*



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3665 – 2009
AYACUCHO

la acción antijurídica se podría realizar mediante palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que nunca ha existido o viceversa, dicha situación no aconteció en autos, pues el hecho de que fuera otra empresa la que finalmente haya prestado la obligación contractual de hospedaje, no constituye un perjuicio, sólo si existieron quejas o reclamos de parte de los hospedados en relación a la atención recibida o a la calidad del servicio, que de alguna manera afecte la imagen de la parte contratante del servicio, recién se pudiera suponer la existencia de tal perjuicio; que a mayor abundamiento, tampoco se encuentra prohibido que una empresa preste los servicios por otra a la entidad estatal contratante, siempre y cuando las obligaciones contraídas por medio de un contrato sean cumplidas a cabalidad y de manera satisfactoria por el otro establecimiento, hechos que han ocurrido en el caso de autos; siendo ello así, la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley en este extremo. **Sexto:** Que, con relación al delito de peculado –artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal-, debemos referir que con relación al aspecto probatorio, el Acuerdo Plenario número dos – dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, destaca que la prueba pericial es de carácter compleja que, consta, entre otros elementos, de operaciones técnicas, esto es, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como lo es el delito de peculado regulado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el *thema probandum*; máxime, si en el supuesto típico implica desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales. **Sétimo:** Que, por otro


CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3665 – 2009
AYACUCHO



lado, debemos señalar que para la comisión de dicho ilícito penal el sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro — dos mil cinco/CJ — ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: **a)** existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; **b)** la percepción, administración o custodia; **c)** la apropiación o utilización; **d)** el destinatario: para sí o para otro; **e)** caudales y efectos. Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal, establece que toda forma de responsabilidad objetiva está prohibida, en consecuencia para determinar que una persona es jurídico- penalmente responsable de la comisión de un delito, no sólo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que su concreta intervención se encuentre acreditada.



Octavo: Que, fijado los anteriores referentes jurisprudenciales y contrastados con el caso *sub exámine*, se concluye que no se ha logrado establecer, con el suficiente grado de certeza, la comisión del delito de peculado por parte del procesado Gerardo Francisco Ludeña González, entendiéndose como la apropiación o desplazamiento a su esfera de dominio personal de los caudales del Estado, no habiéndose configurado el ilícito penal previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, ya que conforme se deja constancia en la sentencia absolutoria no se ha acreditado el desmedro patrimonial ocasionado al Estado; Que, en efecto, concluimos que, conforme



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3665 – 2009
AYACUCHO

hemos glosado *ut supra*, la base fáctica postulada bajo los derroteros del delito de peculado, en torno al procesado Ludeña González resulta ajeno a los elementos configurantes de dicho delito. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha dieciocho de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas mil ciento ochenta y uno, que absolvió de la acusación fiscal a Gerardo Francisco Ludeña González por la comisión del delito contra la Administración Pública en su modalidad de peculado agravado, y colusión ilegal, así como por delito contra la Fe Pública en su modalidad de falsedad genérica en agravio del Estado y la Municipalidad Provincial de Huamanga. Interviene el señor Juez Supremo Calderón Castillo por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; y los devolvieron.-

S.S.

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

BD/orj

Elin Barrios Alvarado
Barandiarán
Calderón Castillo
Santa María Morillo
SE PUBLICO CONFORME A LEY
Atestado
MIGUEL ANGEL GARCIA RAYCO
Secretario
Corte Suprema de Justicia



Ministerio Público - Fiscalía de la Nación
PRIMERA FISCALIA SUPREMA PENAL

EXPEDIENTE N° 944-2005

C.S. N° 3665 - 2009

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO

DICTAMEN N° 1180 -2010-1°FSP-MP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:

La Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, ha expedido la sentencia de folios 1181/1191, su fecha 18 de agosto del 2009, que falla **ABSOLVIENDO** a **Gerardo Francisco Ludeña Gonzáles** por la presunta comisión delito contra la Administración Pública - **PECULADO AGRAVADO y COLUSION ILEGAL** - en agravio del Estado y por la presunta comisión del delito contra la Fe Pública - **FALSEDADE GENERICA** - en agravio del Estado y la Municipalidad Provincial de Huamanga.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

1. RECURSO DE NULIDAD:

Contra la sentencia, el Colegiado (fojas 1211) concede recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior, quien en su escrito de fojas 1208/1209, señala que se ha acreditado fehacientemente, mediante documentación, que el establecimiento "La Posada de Santa Inés" y el "Hotel San Francisco" son de propiedad del procesado y de su esposa María Susana Manco Acedo; por lo que dicho funcionario, en su calidad de alcalde, no debió participar en el proceso de selección en el que era parte la Municipalidad Provincial de Huamanga; finalmente, refiere que el procesado estaba impedido por el artículo 63° de la Ley Orgánica de las Municipalidades de efectuar contrataciones, remates de obras, o servicios públicos ni adquirir



Ministerio Público - Fiscalía de la Nación
PRIMERA FISCALIA SUPREMA PENAL

directamente o por interpósita persona bienes; teniéndose en cuenta además el artículo 148° de la misma ley que obliga a actuar con transparencia en el ejercicio del cargo.

Por otro lado, el Procurador Público, en su escrito de fojas 1212/1214, bajo los mismos argumentos, cuestiona la sentencia absolutoria.

2. HECHOS IMPUTADOS:

Se imputa al procesado Gerardo Ludeña Gonzáles en su calidad de alcalde de la Municipalidad Provincial de Huamanga, haber actuado irregularmente, permitiendo que el establecimiento la Posada Santa Inés, que es de su propiedad, obtuviera la buena pro, en el proceso de selección por el servicio de hospedaje y alimentación al personal médico proveniente del Instituto Especializado de Salud del Niño, que participó en la campaña denominada "Extramuros", organizada por la Municipalidad Provincial de Huamanga, que se llevó a cabo los días 23 al 30 de agosto de 2003 y 17 al 24 de octubre de 2004. Asimismo, haber alojado en el mismo establecimiento a los dos expertos italianos, asesores del Proyecto de Conservación de Biodiversidad y Manejo Sostenible de los Recursos y el Fomento del Ecoturismo entre las Comunidades Campesinas de Chiara y Vischongo, llevado a cabo los días 05 al 13 de mayo del 2004.

Todos los visitantes se hospedaron en el hotel San Francisco de propiedad del encausado Ludeña Gonzáles; sin embargo, los comprobantes de pago han sido emitidos a nombre de la posada Santa Inés también propiedad del procesado.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público - Fiscalía de la Nación
PRIMERA FISCALIA SUPREMA PENAL

3. ANÁLISIS FÁCTICO Y JURÍDICO:

De la revisión de los actuados, se aprecia que el fallo responde a los hechos probados.

3.1. Respecto al delito de Colusión, el Código Penal en su artículo 384° señala: "El 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 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."

Se ha demostrado que el inmueble donde funciona la posada "Santa Inés", es de propiedad del acusado Gerardo Ludeña Gonzáles y de su esposa María Susana Manco Aedo, como así lo ha señalado Edy Ceferino Limaco Taboada, en su declaración instructiva de fojas 341/346, y que el hotel San Francisco, fue el establecimiento que finalmente brindó el hospedaje y alimentación a los visitantes, el mismo que se encuentra registrado a nombre de la referida esposa del encausado, conforme se verifica del oficio que obra a fojas 72, lo que evidencia el contubernio entre Edy Ceferino Limaco Taboada y el citado encausado en el proceso de selección, tanto mas si entre ambos existen lazos espirituales, conforme se advierte de la partida de bautismo de fojas 77.

No obstante ello, para que se configure el delito de Colusión Desleal, se debe acreditar el perjuicio económico causado al patrimonio del Estado con la concertación entre el funcionario o

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público - Fiscalía de la Nación
PRIMERA FISCALIA SUPREMA PENAL

servidor publico y el representante de la entidad que prestaría el servicio, resultando necesario para los efectos de la responsabilidad, penal del encausado, *reiteramos la presencia del perjuicio económico real y efectivo*, lo que no se ha acreditado en autos, puesto que se ha otorgado la buena pro a un establecimiento que ofertó el menor precio, tal como se aprecia en la pericia contable de fojas 679/682, que establece: *"al verificar toda la documentación existente se ha comprobado la adjudicación de menor cuantía en las tres selecciones de los comprobantes de pago números 1880, 2596 y 3252 aplicando el artículo 93° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento respectivo, en el que se señala que la convocatoria se realiza mediante invitaciones que pueden ser a uno o más proveedores, según corresponde en atención a la oportunidad, al monto y a la complejidad, la invitación se cursa por cualquier medio de comunicación. Del mismo modo se ha considerado al precio menor ofertado, donde se ha dado la buena pro a la empresa La posada de Santa Inés de Edy Ceferino Limaco Taboada"*, de lo que se desprende que se ha otorgado la buena pro a la posada de Santa Inés por haber ofrecido el menor precio por los servicios prestados; en consecuencia, no existiendo perjuicio económico alguno; en efecto, no se ha consumado el delito de colusión.

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

3.2. En relación al delito de Falsedad Genérica, el Código Penal en su artículo 438° señala: *"El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una*



Ministerio Público - Fiscalía de la Nación
PRIMERA FISCALIA SUPREMA PENAL

persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años."

En efecto, en los actuados al no haberse causado perjuicio al Tesoro Público con el servicio prestado por el hotel "San Francisco", tampoco se ha acreditado fehacientemente el delito de Falsedad Genérica, puesto que el hecho de que fuera otra empresa la que en última instancia haya prestado la obligación contractual de hospedaje, no se materializaría este delito, teniendo en cuenta que no existió quejas o reclamos por parte de los hospedados respecto a la atención recibida, aunado al hecho de que la obligación contraída en el contrato se materializó satisfactoriamente por el otro establecimiento comercial, lo cual no está prohibido explícitamente.

3.3. En cuanto al delito de peculado agravado, el Código Penal en su artículo 387º segundo párrafo señala: *"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, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años". Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años"*.

En autos tampoco se encuentra acreditado, con elementos probatorios suficientes, este delito y la responsabilidad del encausado, puesto que no se ha establecido fehacientemente la apropiación de caudales por parte del encausado, mas aún si la pericia técnica mencionada no ha demostrado el perjuicio económico para los

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

105 ENE. 2010



Ministerio Público - Fiscalía de la Nación
PRIMERA FISCALIA SUPREMA PENAL

intereses patrimoniales de la municipalidad mencionada, por tanto el delito de peculado no se consumó; por lo que la absolución resulta conforme a Ley.

4. CONCLUSIÓN:

Por los fundamentos expuestos, la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, es de Opinión se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida.



JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

Lima, 16 de junio del 2010

JAPB/msv/srh