

Lima, dieciséis de julio de dos mil diez.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la procesada Lilith Torres García contra la sentencia condenatoria de fecha quince de junio de dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos cincuenta y nueve, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo, de conformidad con lo opinado por el señora Fiscal Supremo en la fecha.

CONSIDERANDO: Primero: Que, la recurrente en su recurso de nulidad, obrante a fojas seiscientos ochenta y ocho, cuestiona el extremo de la condena, alegando que en autos no se encuentra acreditado el acuerdo colusorio con los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla - Piura para suscribir las adendas subscritas, pues no resulta suficiente para ello el sólo hecho de haber participado en la suscripción de tales documentos, ya que en el ordenamiento jurídico procesal peruano se encuentra proscrita la responsabilidad jurídica penal objetiva; asimismo, alega que el informe de peritaje, obrante a fojas cincuenta y uno vuelta, de fecha veintinueve de octubre de dos mil cinco, no acreditaría la existencia del acuerdo colusorio. **Segundo:** Que, de acuerdo con la acusación fiscal, se imputa a Lilith Torres García en su condición de Gerente Municipal de la Empresa Vialsi Sociedad Anónima Cerrada, haberse coludido con los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla - Piura, Alfredo Reyneiro García (asesor legal) y Artemio Perea Haya (Gerente Municipal), a efectos de salir favorecida en el proceso de selección para la implementación y automatización de los registros civiles de dicha comuna, siendo que se celebró el contrato respectivo el veintinueve de noviembre de dos mil dos, —vigencia hasta el veintinueve de noviembre de dos mil cuatro—; sin embargo, a pesar de no cumplir con

los términos del contrato, se suscribió una adenda en el mes de mayo de dos mil cuatro —es decir, seis meses antes de la culminación del contrato primigenio—, por la suma de cincuenta mil ochocientos cincuenta nuevos soles, excediéndose el límite establecido por el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —Decreto Supremo número cero ochenta y cuatro - dos mil cuatro - PCM—, generando con dicho accionar perjuicio económico a la Municipalidad Distrital de Castilla - Piura.

Tercero: Que, este Supremo Tribunal, siguiendo su propio criterio señalado en el Acuerdo Plenario Número cuatro - dos mil cinco, entiende que el delito de colusión —tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal— se configura cuando en el proceso penal se acredita que: **i)** el sujeto activo es un funcionario o servidor público, **ii)** dicho agente está en la capacidad jurídica (tiene la función) de intervenir, por razón de su cargo o comisión especial, en un contrato, suministro, licitación, concurso de precios, subasta o cualquier operación semejante, **iii)** se vale para ello de una concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, y **iv)** como resultado de todo ello, defrauda al Estado, entidad u organismo estatal, según la ley lo establezca; que, a pesar de que se trata de un delito de infracción del deber, esto no obsta para afirmar que, de acuerdo con su redacción, el delito de colusión requiere para su configuración tanto la verificación del desvalor de acción como, sobre todo, la del desvalor de resultado; que, en ese sentido, la realización de la acción se encuentra sancionada administrativamente, esto es, constituye sólo una infracción administrativa, mientras que la realización del resultado (defraudación para el Estado) dota de relevancia jurídico-penal a dicha infracción, es decir, sólo cuando existe defraudación para el Estado la infracción administrativa

trasciende el derecho administrativo sancionador y deviene jurídico-penalmente relevante, tal como se desprende del fundamento cuarto del recurso de nulidad recaído en el expediente número dos mil noventa (Ejecutoria Suprema Vinculante). **Cuarto:** Que, del análisis del expediente, se tiene que la suscripción del contrato entre la Municipalidad de Castilla - Piura—representada por su alcalde Santos Zurita Peña— y la empresa "Malsi Sociedad Anónima Cerrada"—debidamente representada por su gerente, la procesada Lilith Torres García— se encuentra acreditada en fojas noventa y tres vuelta; que, de su análisis se tiene que: **a)** la cláusula quinta del contrato establece que el plazo de ejecución del contrato comenzó el día siguiente del día de la suscripción (es decir, desde el treinta de noviembre de dos mil dos) y finalizó el veintinueve de noviembre de dos mil cuatro; **b)** de otro lado, en la cláusula novena se establece que si el extraneus incumple su obligación contractual será aplicable una penalidad, de acuerdo con el artículo ciento cuarenta y dos del Reglamento del Texto Único de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; **c)** es indubitable que este contrato fue suscrito tanto por los *intrani* como por el extraneus; que, sobre la base del contenido del referido contrato se deben aplicar los criterios de la imputación objetiva que en los delitos de infracción de deber son los mismos que en los delitos de dominio, salvo por el contenido: la imputación de comportamiento se determina por la infracción de un deber positivo específico y la realización del resultado no se aprecia como realización del riesgo prohibido sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado. **Quinto:** Que, respecto de la procesada Lilith Torres García, el nivel de la imputación del

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Grifley: Lima, dos mil ocho, página trescientos ochenta y cuatro y siguientes.

comportamiento, se tiene. **A)** infracción de un deber positivo de comportamiento: el artículo doscientos treinta y seis del Reglamento del Texto Único de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que "(...) dentro de los tres meses posteriores a la culminación del contrato, la entidad podrá adquirir o contratar complementariamente bienes y servicios con el mismo contratista, por única vez y hasta por un máximo del treinta por ciento del monto del contrato original"; **B)** competencia para el cumplimiento del deber, cuya justificación se encuentra en el hecho de que para la imputación del comportamiento no basta que se haya incumplido el deber jurídico sino que se requiere, además, delimitar la competencia del autor por el incumplimiento de dicho deber a través de los siguientes filtros: **a)** principio de confianza —en virtud del cual las demás personas son también responsables y es posible confiar, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de ellos—: en el caso de autos, la administración pública es una organización en donde existe la más alta confianza entre sus miembros, dado que de no ser así no podría ejercer su función; sin embargo, **i)** la confianza queda excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; **ii)** no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa, **iii)** la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes; que, la Empresa "Vialsi Sociedad Anónima Cerrada" incumplió el contrato celebrado con los *intrani* (condenados), lo cual se encuentra acreditado con los informes desfavorables —obrados a fojas doscientos sesenta, doscientos sesenta y nueve vuelta y quinientos sesenta y nueve vuelta—, así como por el Informe de

Peritaje de fecha veintinueve de octubre de dos mil cinco —obstante a fojas cincuenta y uno vuelta—, que establece que la Empresa "Vialsi Sociedad Anónima Cerrada" no cumplió con la entrega de los equipos de cómputo y que el personal del municipio no había sido capacitado en el uso del software y de los equipos informáticos); que, sin embargo, en lugar de: **i)** iniciar las acciones legales correspondientes (una demanda o una denuncia, según sea el caso) o **ii)** resolver el contrato unilateralmente, o **iii)** aplicar la cláusula penal, la Municipalidad celebró una orden con la empresa que la procesada representaba (sin fecha de expedición), mediante la cual se le otorgó la suma de cincuenta mil ochocientos cincuenta nuevos soles; que, por lo tanto, la procesada no puede alegar que actuó bajo el principio de confianza, puesto que, sin perjuicio de valorar sus versiones exculpatorias, la procesada Lilith Torres García sabía que estaba actuando irregularmente; **b)** prohibición de regreso, cuyo fundamento radica en la evitación del regreso *ad infinitum* de la imputación y, puede darse cuando: **i)** el sujeto realiza un comportamiento cotidiano, debido o estereotipado o que otro vincula unilateralmente un hecho o se sirve del mismo para su realización, y **ii)** el sujeto realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito; que, en el caso de autos no se puede aplicar ninguno de los dos supuestos de prohibición de regreso, puesto que las acciones de la procesada no son comportamiento ordinarios ni estamos ante una prestación generalizada; **c)** ámbito de competencia de la víctima: cuya existencia se encuentra fundada en el principio de autorresponsabilidad, por lo que solo puede haber competencia de la víctima, cuando ella, en tanto persona responsable, infringe incumbencias de autoprotección o realiza un acto de voluntad

(consentimiento), actuando, así, en los dos supuestos, a riesgo propio; que, del examen de autos resulta evidente que no existe competencia de la víctima, puesto que la víctima (Estado) no ha infringido incumbencias de autoprotección ni ha consentido; que, consecuentemente, se ha acreditado que la procesada ha cometido objetivamente la conducta. **Sexto:** Que, la determinación de la fecha de esta adenda —la cual no tiene fecha de expedición— se deduce a partir del sello de recepción de mesa de partes de la Municipalidad, el mismo que establece que la adenda fue recibida el veintisiete de mayo de dos mil cuatro, es decir, seis meses antes del término del plazo de la ejecución del contrato; que, posteriormente, la referida Municipalidad suscribió una segunda adenda con fecha treinta de diciembre de dos mil cuatro por un monto de mil cincuenta y dos nuevos soles; que, la conducta de los condenados no encuentra explicación sino en la existencia de un acuerdo previo con la procesada, máxime si el Informe de Peritaje, obrante a fojas cincuenta y uno vuelta —firmado por los peritos Jorge Alvarado Tabachi y Oliver Cupen Castañeda—, estableció que no existía justificación técnica para ampliar el servicio de la Empresa "Vialsi Sociedad Anónima Cerrada" en las adendas del contrato, y si la empresa era la parte contractual que había incumplido el contrato. **Sétimo:** Que, el monto total del contrato fue de trescientos diez mil nuevos soles, por lo que el monto pagado en la primera adenda (cincuenta mil ochocientos cincuenta nuevos soles) y el monto pagado en la segunda adenda (mil cincuenta y dos nuevos soles), excede el treinta por ciento; este exceso no pudo haber sido desconocido ni por los *intrani* (así ha quedado demostrado en la sentencia que los condenó) ni por la procesada, toda vez que ella era la gerente general de la empresa y poseía educación superior.

n3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2816-2009
PIURA

completa; que, finalmente, el perjuicio patrimonial para el Estado se encuentra acreditado con los Informes Contables —obrantess a fojas quinientos cincuenta y uno y quinientos sesenta y cuatro—, y cuyo monto asciende a cincuenta y un mil novecientos dos nuevos soles. Por lo tanto, la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso penal ha logrado generar certeza en este Supremo Tribunal respecto a la participación y la responsabilidad jurídico-penal de la procesada, por lo que lo resuelto por la Sala Penal Superior se encuentra conforme a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha quince de junio de dos mil nueve, obrante a fojas seisientos cincuenta y nueve, que la condenó como autora del delito contra la Administración Pública —colusión/ desleal—, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Castilla - Piura, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida por el plazo de dos años, y fijó en mil nuevos soles el pago que por concepto de reparación civil deberá efectuar la procesada a favor de la agraviada; con lo demás que contiene y los devolvieron.-

S. S.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

RT/hapf

SE PUBLICO CONFORME A LEY

MIGUEL ANGEL SOTELO TASAYCO
SECRETARIO (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

