

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 661-2009**

**LIMA**

**-1-**

Lima, diez de marzo de dos mil diez.-

**VISTOS**; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público de la Municipalidad Distrital de San Isidro contra la sentencia de fojas mil setecientos siete del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absolvió a Albino Bendeزú Bendeزú, Isidoro Ramón Tiburcio Morón, Hans Jurgen Fidel Busse León, Luis Obdulio Tagle Pizarro, Augusto Fernando Vásquez Solís, Jorge Cesáreo Vivar Espinoza, Gloria Stuard Becerra Verástegui, Alejandro Walter Arias Torres y Jorge Eduardo Dejo Almeida de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro; con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Procurador Público de la Municipalidad de San Isidro en su recurso formalizado de fojas mil setecientos dieciséis sostiene que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo no exige como elemento constitutivo la concurrencia de concierto en la conducta del agente, sino la existencia de interés por parte del funcionario o servidor público, directo o indirecto, en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo; que tampoco requiere la existencia de un perjuicio patrimonial, y se diferencia del delito de colusión por no existir la concertación. **Segundo:** Que, conforme a la acusación fiscal de fojas mil doscientos cincuenta y nueve, el Informe Especial número doscientos treinta y siete guión dos mil cinco elaborado por la Contraloría General de la República respecto de las obras ejecutadas por la Municipalidad de San Isidro durante los años mil novecientos noventa y siete,

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 661-2009**

**LIMA**

**-2-**

dos mil y dos mil uno concluyó lo siguiente: los encausados Bendezú Bendezú -ex miembro del Comité de Recepción de Obras- y Tiburcio Morón -ex Director de Obras Públicas e inspector de Obras- aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las obras de "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre", sin contar con solicitud y autorización de trabajos habituales; que se recepcionó la obra con participación del residente de obras sin constatar el metraje realmente ejecutado, con lo que se favoreció a los contratistas quienes se vieron beneficiados con el pago por metrados no ejecutados ascendente a la suma de doce mil novecientos cuarenta y seis nuevos soles con noventa y un céntimos, contando para ello con la participación del encausado Hans Jurgen Fidel Busse León; que los imputados Tagle Pizarro -ex Director de Desarrollo Urbano y ex Miembro del Comité de Recepción de Obras- y Vásquez Solís -ex Miembro del Comité de Recepción de Obras- favorecieron, directa e indirectamente, a la empresa Construtora Tres Sociedad Anónima contratada por la Municipalidad de San Isidro para la ejecución de la obra "Refuerzo y Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquesada y Alberto del Campo", para lo cual recepcionaron la misma con la participación del residente de obra en representación del contratista, sin constatar el metraje realmente ejecutado y señalaron que la misma se realizó de conformidad con el expediente técnico y el contrato de ejecución de obra, lo que benefició a la aludida empresa con el pago de metrajes no ejecutados, no obstante que la recepción se efectuó quince meses después de su culminación; que el encausado Vivar Espinoza, en su calidad de ex miembro del Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Aurelio

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 661-2009**

**LIMA**

**-3-**

Miroquesada (cuadras diez y once) y Alberto del Campo (cuadras uno y dos)", con participación del residente de obra en representación del contratista, recibió la misma sin constatar el metraje realmente ejecutado y señaló que se ejecutó de conformidad con el expediente técnico respectivo y el contrato de ejecución de obra, sin formular ninguna observación técnica, pese a que la recepción se efectuó quince meses posteriores a su culminación; que los encausados Becerra Verástegui -ex Directora de Desarrollo Urbano- y Arias Torres -ex Jefe de la División de Obras Municipales-, quienes también integraron el Comité de Recepción de la obra "Refuerzo Asfáltico y Señalización Horizontal en la avenida Canaval y la calle Moreyra y calle Ricardo Ángulo Ramírez (ex calle uno)", aprobaron las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recibieron las mismas con la participación del residente de obra, sin constatar el metraje realmente ejecutado y ocasionando un perjuicio a la entidad edil ascendente a cincuenta y cinco mil ciento treinta nuevos soles con veinticuatro céntimos; que el encausado Dejo Almeida -ex Jefe de la División de Proyectos-, quien también se desempeñó como Inspector, Asesor y Miembro del Comité de Recepción de las obras "Refuerzo Asfáltico, Señalización Vertical y Horizontal de las avenidas Dos de Mayo y Jorge Basadre, y la calle Ricardo Ángulo Ramírez" y "Refuerzo Asfáltico, Señalización Horizontal de las avenidas Aurelio Miroquezada (cuadras diez y once), Alberto del Campo (cuadras uno y dos) y Enrique Canaval y Moreyra", aprobó las valorizaciones, reintegros y la liquidación final de las referidas obras, sin contar con solicitud y autorización de trabajos adicionales, así como recepcionó las obras con participación del residente de obra sin constatar el metraje realmente ejecutado, de suerte que

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 661-2009**

**LIMA**

**-4-**

favoreció a los contratistas, quienes se vieron beneficiados con el pago de metrajes no ejecutados; que del informe de la Contraloría se evidencia que en algunas de estas obras se consignaron liquidaciones mayores a los metrados considerados en el expediente técnico, lo que ocasionó a la entidad edil un perjuicio económico de setenta y dos mil trescientos veinticuatro nuevos soles por pago de metrados no ejecutados; que estos hechos se calificaron como delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, vigente al tiempo de la comisión del hecho punible (actualmente previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código acotado). **Tercero:** Que si bien el referido tipo penal está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, no tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo -principio de taxatividad-; que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado sino en el irregular desempeño funcional y, por ende, cuando el tipo penal alude como pausable de su comisión a los funcionarios o servidores públicos que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesan, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que intervienen por razón de su cargo, se refiere a aquellos designados como miembros de un comité especial de contratación pública, mediante resolución expresa, los

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 661-2009**

**LIMA**

**-5-**

mismos que son los responsables de conducir todo el proceso contractual hasta la entrega de la buena pro. **Cuarto:** Que el ámbito de aplicación del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo abarca todos los procedimientos de un proceso de contratación pública que concluye con el consentimiento y otorgamiento de la buena pro, en los que se ha de observar los aspectos técnicos contemplados en las bases administrativas; que, en el presente caso, el proceso de selección fue realizado por la Comisión de Recepción y Apertura de Sobres y otorgamiento de la Buena Pro de la Obras y Estudios, designada mediante Resolución de Alcaldía número cero sesenta y dos guión noventa y siete guión ALC/MSI, que otorgó la buena pro a la empresa Constructora Hualcán Sociedad Anónima, según Acta de Evaluación de Propuesta y Adjudicación, y mediante Resolución Directoral número ciento veintitrés guión noventa y siete guión cero cuatro guión DM/MSI emitida por el Director Municipal de la Municipalidad Distrital de San Isidro, conforme se indica en el Informe Especial de la Contraloría General de la República, lo que acredita que ninguno de los imputados intervino en el proceso de contratación sino en la ejecución y recepción de obra, atribuyéndoles concretamente una conducta omisiva, como es haber recepcionado la obra sin constatar el metraje realmente ejecutado. **Quinto:** Que para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública de los funcionarios y servidores públicos a través de la omisión; que no existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional exigido en

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 661-2009**

**LIMA**

**-6-**

el tipo penal aludido, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no por delito de negociación incompatible. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos siete, del dieciséis de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que absolvió a Albino Bendezú Bendezú, Isidoro Ramón Tiburcio Morón, Hans Jurgen Fidel Busse León, Luis Obdulio Tagle Pizarro, Augusto Fernando Vásquez Solís, Jorge Cesáreo Vivar Espinoza, Gloria Stuard Becerra Verástegui, Alejandro Walter Arias Torres y Jorge Eduardo Dejo Almeida de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública en la modalidad de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo en perjuicio de la Municipalidad de San Isidro; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

**SANTA MARÍA MORILLO**