

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 896-2009
SANTA

Lima, siete de julio de dos mil diez.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada del Santa contra la sentencia absolutoria de fojas mil cincuenta y cinco, su fecha trece de noviembre de dos mil ocho; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la Procuradora Pública en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil setenta y tres, alega: **i).-** Que, el contrato suscrito entre los encausados don Julio Meléndez Soles y Santos Darío Rosas Gómez, benefició al segundo de los anotados, en virtud de que ha sido beneficiado con la buena pro en la obra de construcción de la caseta de televisión y una base triangular para una antena autosoportable no contó con expediente técnico, y que su responsabilidad está acreditada plenamente por cuanto no ha sido posible determinar que la propuesta del procesado Santos Darío Rosas Gómez haya sido la más económica; **ii).-** Que, el presupuesto de acarreo de materiales se encuentra sobrevalorado, pues el cerro "El Carmen" se encuentra a una altura de ciento ochenta metros a doscientos metros de altitud y a una distancia de ochocientos metros, contrariamente a lo que sostuvo el procesado Santos Darío Rosas Gómez, quien aseveró que la distancia desde la carretera hasta el lugar de la obra era de dos mil metros, afirmación que resulta falsa y ha generado un incremento ficticio en el presupuesto de la obra, aumento que ha quedado evidenciado con la declaración testimonial de Víctor Manuel López Velásquez, Regidor de la Municipalidad agraviada; finalmente, se sostiene que, en efecto la pericia contable efectuada por los contadores públicos Espinoza Tapia

21

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 896-2009
SANTA

y Mogollón Peláez admite que la Municipalidad sufrió un detrimento económico en el caso de los combustibles en el pago a los proveedores. **Segundo:** Que, conforme consta en el acusación fiscal de fojas quinientos cincuenta y cinco se imputa al encausado Juan Julio Meléndez Soles, en la condición de Alcalde Provincial de Casma durante el año mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y cinco y en representación de dicha entidad edil, haber suscrito el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro con su coprocesado Santos Darío Rosas Gómez el contrato mediante el cual el segundo de los anotados se comprometía a brindar la mano de obra y realizar la construcción de la obra de infraestructura denominada "Caseta de Canal de Televisión", consistente en una habitación de aproximadamente veinte metros cuadrados, construida de material noble a la cual se adosaba una estructura de forma rectangular construida de concreto con una estructura de acero, la misma que estaba destinada para la instalación de una antena parabólica que serviría de estación repetidora de la señal televisiva local; que conforme a la tesis acusatoria dicha obra habría sido sobrevalorada. Del mismo modo se imputa al procesado Santos Darío Rosas Gómez, haberse coludido dolosamente con su coprocesado para defraudar al Estado a través de un acuerdo clandestino al que ambos habrían llegado con ocasión del contrato antes descrito. **Tercero:** Que, del análisis de los hechos, se tiene que con fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, el encausado Juan Julio Meléndez Soles, suscribió en su condición de Alcalde Provincial de Casma, un contrato de mano de obra con su coencausado Santos Darío Rosas Gómez, mediante el cual éste último se comprometía a la construcción de la obra de infraestructura arriba indicada, fijándose

27

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 896-2009
SANTA

como contraprestación la suma de catorce mil seis nuevos soles con dieciocho céntimos, monto al que debe añadirse los consignados en dos contratos adicionales y complementarios al primero, lo que totaliza diecisiete mil quinientos veintiséis nuevos soles con setenta y nueve céntimos; estableciéndose, conforme aparece en el documento denominado acta de recepción de obra de fojas ochenta y dos que la menciona construcción fue recibida el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco por el Jefe de Desarrollo Urbano de la entidad edil en cuestión, documento en el que se consigna que el contratista cumplió con la ejecución de todas las partidas. **Cuarto:** Que, al respecto se tiene que, en virtud de la Ley Número veintiséis mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año mil novecientos noventa y cinco, se estableció que la modalidad de contratación en el caso de ejecución de obras cuyo monto no superase las ciento setenta y cinco unidades impositivas tributarias, sería la de adjudicación directa, mecanismo que según el propio contrato de fojas cinco fue el que se empleó para la selección del procesado Santos Darío Rosas Gómez, al ser la suya la propuesta que resultaba más conveniente a los intereses de la municipalidad agravada; adicionalmente, es preciso indicar que de los términos del propio contrato aludido, queda claro que la totalidad del material de construcción y acabados de la caseta para la ubicación de la estación repetidora, corría por cuenta total y absoluta de la Municipalidad Provincial de Casma, a través de su oficina de abastecimientos, conforme se anota en la cuarta cláusula del documento mencionado. **Quinto:** Que, en este orden de ideas, conforme además lo ha señalado la doctrina jurisprudencial al respecto, el delito de colusión desleal, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del

12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 896-2009
SANTA

Código Penal, consiste en el acuerdo o convenio engañoso, clandestino y subrepticio que realizan los funcionarios públicos a cargo de los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operaciones similares, con los terceros interesados, que se traduce en una defraudación para el Estado o alguna dependencia o entidad de éste; es así, resultado del quebrantamiento de roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse engaño al interés público, [ROJAS VARGAS, FIDEL. Los Delitos contra la Administración Pública, cuarta edición. Lima, dos mil siete. Pág., cuatrocientos diez], -adicionalmente a esta posición, existe otra que además de coincidir con la anterior, establece que dicho tipo penal abarca también dentro de su esquema protector, la legalidad del ejercicio de la labor del funcionario público, buscándose asegurar incluso los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, sancionándose penalmente la transgresión de los roles especiales de negociación y representatividad pública de los funcionarios y servidores públicos que participan en las adquisiciones estatales. Sin embargo, como bien apunta en la doctrina el profesor Percy García Caveró, que si bien es cierto, ambas posiciones conciben a éste ilícito penal como un acto fraudulento, y si bien podría decirse que el tipo penal apunta a proteger el patrimonio del Estado, el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario público, [GARCÍA CAVERO, PERCY. "El Delito de Colusión Desleal" Editora Jurídica Grijley dos mil ocho. Pág., dieciocho]; no obstante la discusión en cuanto al sustento de su prohibición es aún manifiesta; el bien jurídico protegido es el correcto y debido desenvolvimiento de la función pública, y de donde se tiene que la lesión o perjuicio se realiza sobre el

2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 896-2009
SANTA

patrimonio o interés económico estatal; siendo que en el presente caso, la descripción típica de este delito, exige en primer lugar la **concertación**, es decir, el acuerdo secreto desarrollado entre los funcionarios públicos y los terceros interesados en los contratos, suministros, licitaciones o similares; este acuerdo clandestino e ilícito no solamente es incompatible con las funciones del representante del Estado, quien tiene el deber de lealtad, sino que además atenta contra los intereses estatales. En segundo lugar, el tipo presupone la existencia de contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operaciones similares, situación en la que la actuación del funcionario público puede enmarcarse dentro de estos supuestos, de tal forma que, por más ilícita y perjudicial que hubiera sido la conducta del agente, si no se acredita la existencia de alguna de estas operaciones o actos jurídicos, no se responderá por el delito de colusión; otro elemento del tipo, que debe concurrir para la configuración del tipo penal, es la **defraudación o perjuicio** que se produce con el acuerdo subrepticio, elementos que del análisis de los medios de prueba obrantes en autos no se presentan o configuran. **Sexto:** Que, respecto del delito de exacción ilegal, igualmente atribuido en el presente proceso a ambos encausados, este delito está previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal, es preciso sostener que la perpetración de dicho tipo penal está supeditado y supone que el sujeto activo mantenga un propósito e intención añadida de beneficiarse ilegalmente a través del abuso de cargo o atribuciones al exigir, hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos indebidos; condiciones o elementos del propio tipo penal, que no se verifican en el presente caso; que se aprecia desde la propia acusación escrita, donde no se advierten que los hechos presuponen el sustento

25

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 896-2009
SANTA

probatorio necesario de la perpetración de esta figura típica, por lo que el representante del Ministerio Público, ante la falta de convicción de la configuración típica de los hechos, durante el desarrollo del juicio oral, sólo formuló la denominada acusación formal, lo que a todas luces conforme a la doctrina procesal más actual contraviene incluso la garantía del debido proceso, por la cual lo resuelto por el Colegiado Superior, se encuentra arreglado a Ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cincuenta y cinco, su fecha trece de noviembre de dos mil ocho, que absolvió de la acusación fiscal a Juan Julio Melendez Soles y Santos Darío Rosas Gómez, como autor y cómplice primario respectivamente del delito contra la Administración Pública, -concusión-, colusión desleal y exacción ilegal-, en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Casma; con lo demás que contiene al respecto y los devolvieron.-

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

RT/WMD

SE PUBLICA CONFORME A LEY

MIGUEL ANGEL GOTELO TAGAYCO
SECRETARIO(a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA