

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2475-2012
LA LIBERTAD

Lima, veintinueve de mayo de dos mil trece.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Edilberto Méndez Boado, Pedro Nolasco Ascate Quezada, Francisco Esteban Ramírez Pérez y la defensa técnica de Pedro Ricardo García Espino, contra la sentencia de fecha veintiuno de octubre de dos mil once -de fojas dos mil quinientos sesenta y cinco-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rozas Escalante; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, los encausados Edilberto Méndez Boado, Pedro Nolasco Ascate Quezada, y Francisco Esteban Ramírez Pérez, al fundamentar su recurso de nulidad -a fojas dos mil seiscientos siete-, señalan esencialmente que la recurrida se basó en el Informe Especial número 165-2004-CG/ORCH, realizada por la Contraloría General de la República, donde se precisa que la Municipalidad Distrital de Cachicadán, ha sido perjudicada económicamente en la ejecución de la obra "Construcción de la Piscina Térmica I etapa del Centro Recreacional Turístico de Cachicadán"; sin embargo en dicha pericia oficial se determinó con claridad que en la ejecución de la citada obra, -donde se invirtió todo el presupuesto-; así como también en la adquisición de la camioneta, no existe perjuicio económico, ya que el dinero utilizado en la compra de dicho bien no pertenece al erario municipal, sino a terceros particulares;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2475-2012
LA LIBERTAD

finalmente, alegan que la Sala Penal Superior no ha individualizado la participación de cada uno de los imputados en el ilícito penal.

SEGUNDO: La defensa técnica del encausado Pedro Ricardo García Espino, al fundamentar su recurso de nulidad -a fojas dos mil seiscientos once-, señala esencialmente que su conducta es atípica, pues no se ha probado que su patrocinado haya sido representante de la empresa ganadora de la buena pro "Constructora Enberban Contratistas Generales S.A.", ya que el Ingeniero Enrique Bernal Bances, fue la persona que firmó el contrato de Ejecución de obra; por lo tanto resulta material y jurídicamente imposible que se haya otorgado un supuesto poder a nombre de su patrocinado, razón por la cual considera que el documento denominado propuesta técnica -a fojas cien-, es un documento falso, el cual no puede ser utilizado por el Colegiado Superior para condenar; asimismo, refiere que si bien firmó el contrato para la elaboración del expediente técnico base para la construcción de la Piscina Térmica del Complejo Turístico de Cachicadán, con el representante legal de la Municipalidad del distrito de Cachicadán, también lo es que los peritos judiciales han señalado en la Audiencia de Ratificación Pericial, que no ha existido sobrevaloración en el precio pactado para la elaboración del expediente técnico, consecuentemente el delito imputado no se ha configurado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2475-2012

LA LIBERTAD

TERCERO: Que, de acuerdo a la acusación fiscal -de fojas mil trescientos sesenta y cinco, y aclarada a folios mil quinientos treinta y nueve- se imputa a los encausados Edilberto Méndez Boado (ex -alcalde), Pedro Nolasco Ascate Quezada (Regidor), Francisco Esteban Ramírez Pérez (Regidor), como autores y a Pedro Ricardo García Espino (representante legal de la Empresa ENBERBAN) como cómplice del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de Cachicadán La Libertad, pues según se desprende del Informe Especial N° 165-2004 -CG/ORCH, realizado por la Contraloría General de la República a la citada institución, que durante la gestión municipal de 1999-2002 se suscitaron diversas irregularidades, así tenemos: **a)** en la contratación de empresas para la ejecución de la obra "Construcción de la piscina térmica. I Etapa del Centro Recreacional Turístico de Cachicadán", se causó un perjuicio económico de S/. 53,246.49 (cincuenta y tres mil doscientos cuarenta y seis nuevos soles con cuarenta y nueve céntimos), pues los encausados Ascate Quezada (Regidor), Ramírez Pérez (Regidor) y Roberth Alvarado Trujillo (Asesor Legal) se coludieron con Pedro Ricardo García Espino (representante legal de la Empresa ENBERBAN) con la finalidad de favorecer a éste en el proceso de selección y adjudicación directa, realizado el veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, no obstante la vinculación existente entre la empresa postora ENBERBAN, con el consultor Pedro Ricardo García Espino, que elaboró el expediente técnico -ver fojas ciento veintiuno-, máxime

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2475-2012

LA LIBERTAD

que cuando se optó por la rescisión del contrato con la empresa Enberban S.A. -ver folios ciento cuarenta y siete- no se hizo efectivo la penalidad ascendente a S/. 14,923.95 (catorce mil novecientos veintitrés nuevos soles con noventa y cinco céntimos); asimismo las otras empresas que participaron en dicho proceso, entre ellas Castro Malabrigo, representada por el procesado José Hermes Castro Malabrigo, postor que quedó en segundo lugar, también tenía vencida la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas del CONSUCUDE, por lo tanto estaba impedida de contratar con el Estado; sin embargo los funcionarios de la institución agraviada, suscribieron el contrato de finalización de la obra con dicha empresa por el monto de S/. 128,824.41 (ciento veintiocho mil ochocientos veinticuatro nuevos soles con cuarenta y un céntimos) pasando por inadvertido las irregularidades mencionadas anteriormente; y **b)** Igualmente, existen irregularidades en la compra de la camioneta combi por la suma de trece mil dólares americanos, la cual se realizó en octubre del dos mil, sin haberse llevado a cabo el proceso de adjudicación directa ni la publicación correspondiente, pues dicha adquisición no estuvo programada en el presupuesto del año dos mil; además, tampoco se realizó el estudio de otras posibilidades que ofrece el mercado, ni menos se determinó el valor referencial de compra, siendo la comisión de adquisición conformada por los acusados Méndez Boado y Ramírez Pérez, la que celebró el referido contrato, el dos de octubre de dos mil, con un pago inicial de tres mil dólares americanos y veinte cuotas de quinientos dólares americanos,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2475-2012

LA LIBERTAD

siendo la vendedora Victoria Teodora Santos Baldeón, determinándose que existió una desproporción entre el precio de adquisición del vehículo y el precio de una camioneta similar \$ 7,884.80 (siete mil ochocientos ochenta y cuatro con ochenta dólares).

CUARTO: Que, la conducta atribuida a los encausados Edilberto Méndez Boado, Pedro Nolasco Ascate Quezada, Francisco Esteban Ramírez Pérez (Regidor), como autores y a Pedro Ricardo García Espino -como cómplice-, de acuerdo a la tesis fiscal, se subsume en la hipótesis normativa descrita en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal -modificado por la Ley número veintiséis mil setecientos trece, vigente a la fecha de los hechos-, que sanciona al 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 organismos del Estado, según la ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

QUINTO: Que, este Tribunal Supremo en el Recurso de Nulidad número mil doscientos noventa y seis -dos mil siete, estableció: "*(...) que el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. Nº 2475-2012

LA LIBERTAD

constituye un delito de infracción de deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero -la concertación- que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley (...); el segundo de ellos -esto es, la defraudación-, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación -que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico- con el eventual resultado. Así mismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva la colusión (...) es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa (...)”¹.

SEXTO: En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional en el EXP. Nº 00017-2011-PI/TC, señaló: "(...) Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término "patrimonialmente" puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual "Para la aplicación de la

¹ R.N.Nº 1296-2007 (12 de diciembre de 2007), Fundamento Jurídico Nº 5.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2475-2012
LA LIBERTAD

presente convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado"².

SÉPTIMO: Que, de la evaluación de los actuados se advierte que la sentencia condenatoria se encuentra arreglada a ley, pues las imputaciones formuladas por el Fiscal Superior, respecto de los acusados Edilberto Méndez Boado, Pedro Nolasco Ascate Quezada, Francisco Esteban Ramírez Pérez, como autores y de Pedro Ricardo García Espino como cómplice del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado –Municipalidad Distrital de Cachicadán - La Libertad, han sido suficientemente acreditadas durante el proceso, ya que se determinó con elementos de prueba las concertaciones dolosas, intencionales, confabulatorias, fraudulentas que pongan así de manifiesto la abierta y decidida voluntad de apartarse y quebrantar los roles de defensa de los intereses del Estado, entre los encausados, funcionarios de la Municipalidad Provincial de Cachicadán con el representante legal de la empresa –ENBERBAN Contratistas Generales S.A.-; con la finalidad de favorecerle en la adjudicación directa para realizar la construcción de la obra "Piscina Térmica I Etapa del Centro Recreacional Turístico de Cachicadán", ya que está probado que el encausado García Espino cobró la suma de cinco mil nuevos soles -ver fojas ciento veintiuno y ciento veinticuatro- por la elaboración del expediente

²EXP. N° 00017-2011-PI/TC (03 de mayo de 2012), Fundamento Jurídico N° 29.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2475-2012

LA LIBERTAD

técnico de la citada obra, así como también está acreditado que dicha persona es el apoderado legal de la empresa mencionada -ver folios cien-, a la cual se le otorgó la adjudicación directa N° 001-99 -MDC, realizado el veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve -ver folios setenta y tres-.

OCTAVO: También se corroboró que cuando se rescindió el contrato a la empresa ENBERBAN, no se le exigió el pago de la diferencia existente S/. 4,584.92 (cuatro mil quinientos ochenta y cuatro nuevos soles con noventa y dos céntimos) entre la suma recibida (S/. 25.000.00) (veinticinco mil nuevos soles) y la valorización de la obra S/. 20,415.08 (veinte mil cuatrocientos quince nuevos soles con ocho céntimos). Por otro lado, cuando se convocó a la empresa que quedó en segundo lugar en el proceso de selección, esto es, la empresa José Castro Malabrigo -Servicios Generales de Arquitectura e Ingeniería- se comprometió en terminar la obra en su totalidad, por el monto ascendente de S/. 128.824.00 (ciento veintiocho mil ochocientos veinticuatro nuevos soles), precisando que dicha empresa renunció algún pago adicional, quedando solamente el precio fijado inicialmente -ver folios ciento treinta y cinco; no obstante ello, se le pagó una suma mayor, conforme se acredita con la pericia contable -ver folios dos mil ciento sesenta y tres- ratificado a nivel de juicio oral -ver folios dos mil quinientos catorce- sin que exista documento alguno que autorice la ejecución de los supuestos adicionales por parte de la empresa, inicialmente fijado en S/. 149,239.49 (ciento cuarenta y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2475-2012

LA LIBERTAD

nueve mil doscientos treinta y nueve mil con cuarenta y nueve céntimos) para ser elevado a S/. 182,977.11 (ciento ochenta y dos mil novecientos setenta y siete nuevos soles con once céntimos), siendo la diferencia de S/. 33,737.62 en detrimento de la institución agraviada, que sumados a los S/. 14,923.95 (catorce mil novecientos veintitrés nuevos soles con noventa y cinco céntimos) que representa la penalidad por incumplimiento de contrato, no aplicada a la empresa Constructora Enberban Contratistas Generales S.A. y los S/. 4,584.92 (cuatro mil quinientos ochenta y cuatro nuevos soles con noventa y dos céntimos) que la citada empresa adeuda en relación al adelanto que se efectuó, hacen un total de S/. 53,246.49 (cincuenta y tres mil doscientos cuarenta y seis nuevos soles con cuarenta y nueve soles) de perjuicio económico, siendo que los contratistas solo ejecutaron la cantidad de S/. 85,190.38 (ochenta y cinco mil ciento noventa nuevos soles con treinta y ocho céntimos).

NOVENO: Máxime, que por acuerdo del Concejo Municipal (ver folios doscientos cincuenta) los comprobantes de pago por un total de S/. 97,785.73 (noventa y siete mil setecientos ochenta y cinco nuevos soles con setenta y tres céntimos) que se encontraban a nombre del referido contratista, fue utilizado para regularizar dicha suma, la cual se encontraba pendiente de rendición y contabilización en los estados financieros del año dos mil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2475-2012
LA LIBERTAD

DÉCIMO: Con relación a la compra de la camioneta rural usada por \$13,000.00 (trece mil dólares) se ha probado la concertación de los encausados Méndez Boado y Ramírez Pérez con la sentenciada Victoria Teodora Santos Baldeón, pues la comisión de adquisición integrada por dichos procesados, no incluyó al encargado de las adquisiciones, de Antero Manuel Miñano Mendoza, contraviniendo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento; asimismo omitió realizar el proceso de adjudicación directa sin publicación que correspondía al monto de la compra, procediendo a adquirir directamente a la sentenciada Victoria Teodora Santos Baldeón, según contrato del dos de octubre de dos mil (ver fojas novecientos cuarenta y uno); además que según el informe pericial de maquinaria adquirida efectuada por el Ingeniero Guillermo Castillo Díaz (ver fojas mil cuarenta y seis) existió una sobre valorización de \$2,500.00 (dos mil quinientos dólares), precisando que la cuota inicial de \$3,000.00 (tres mil dólares) es normal, pero la cantidad de cuotas fue excesiva, razón por la cual se ha generado un perjuicio de \$4,500.00 (cuatro mil quinientos dólares) los cuales fueron pagados con el Fondo de Compensación Municipal destinados a obras en beneficio del distrito; igualmente se ha generado un perjuicio económico de \$615.20 (seiscientos quince con veinte dólares) a la entidad edil, por el precio sobrevalorado con el que se compró la camioneta rural.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2475-2012

LA LIBERTAD

DÉCIMO PRIMERO: Respecto, a los agravios invocados por los recurrentes, que el dinero con el cual se adquirió la camioneta usada era de origen privado, cabe señalar que ello resulta inexacto al haberse acreditado que las letras fueron pagadas con el Fondo de Compensación Municipal por un total de S/. 39,256.28 (treinta y nueve mil doscientos cincuenta y seis mil con veintiocho céntimos).

DÉCIMO SEGUNDO: Respecto al quantum de la pena, en la sentencia recurrida, se advierte que el Colegiado Superior ha tomado en consideración la conducta desplegada por los encausados: Edilberto Méndez Boado, Pedro Nolasco Ascate Quezada, Francisco Esteban Ramírez Pérez, como autores y a Pedro Ricardo García Espino -como cómplice-, quienes son agentes primarios, y no registran antecedentes penales -ver folios mil ciento cuarenta y dos, mil ciento cuarenta y tres, mil ciento cuarenta y cuatro, y mil ciento cuarenta y ocho-; así como también los criterios establecidos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, atendiendo además a los principios de proporcionalidad y razonabilidad; por tanto, la pena impuesta en el caso sub materia se encuentra arreglada a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fecha veintiuno de octubre de dos mil once -de fojas dos mil quinientos sesenta y cinco-, que condenó

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2475-2012
LA LIBERTAD

Edilberto Mendez Boado, Pedro Nolasco Ascate Quezada, Francisco Esteban Ramírez Pérez como autores y Pedro Ricardo García Espino como cómplice del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Cachicadán La Libertad, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida por el plazo de dos años; con lo demás que al respecto contiene, y los devolvieron. Interviniendo los señores Jueces Supremos Príncipe Trujillo, Neyra Flores y Rozas Escalante, por licencia y dedicación exclusiva en otro proceso de los señores Jueces Supremos Barrios Alvarado, Salas Arenas y Tello Gilardi, respectivamente.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

ROZAS ESCALANTE

RE/IIU

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

09 MAY 2014