

(3) 44

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 4826-2009**  
**PIURA**

Lima, veintidós de setiembre de dos mil diez.-

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos

por la defensa de la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Grau Sociedad Anónima -en adelante, EPS Grau S.A.-, parte civil, y por el señor representante del Ministerio Público, contra la sentencia de fojas tres mil seiscientos sesenta, de fecha dieciséis de setiembre de dos mil nueve; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

**CONSIDERANDO** **Primero:** Que, la parte civil, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas tres mil seiscientos noventa y ocho alega lo siguiente: a) que el Colegiado Superior ha esgrimido como argumento para dictar la sentencia absolutoria que los procesados miembros del Directorio de la EPS Grau S.A. desconocían el contenido de las normas, sin considerar el principio de publicidad de las leyes, en virtud del cual éstas se presumen conocidas por todos desde el momento de su publicación y sin tomar en cuenta que muchos de los inculcados son doctores, magisteres, docentes universitarios y políticos notorios en materia pública; b) que los procesados actuaron a sabiendas que su conducta era antijurídica, llegando a cabo el aumento de remuneraciones, a pesar de que el texto de la Resolución Ministerial número cero setenta y cinco guión noventa y nueve guión oblicua quince en modo alguno autorizaba dichos incrementos, que la sentencia no ha tomado en cuenta que al momento de celebrarse los acuerdos cuestionados se encontraban vigentes las leyes número veintisiete mil trece y veintisiete mil doscientos nueve que regulaban y prohibían expresamente las conductas realizadas por los procesados; d)

50/

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 4826-2009

PIURA

3

que el actuar doloso de los procesados se encuentra acreditado pues todos los gerentes se beneficiaron con dinero que no les correspondía y posteriormente no lo devolvieron ni se exigió su restitución; y, e) que si bien los gerentes de la entidad agraviada no tuvieron participación en los acuerdos del Directorio, sin embargo, recibieron y se beneficiaron con los aumentos a sabiendas que no les correspondía. Por su parte, el Fiscal Superior en su recurso de nulidad fundamentado de fojas tres mil setecientos cuarenta y seis, alega que si bien el Colegiado Superior señaló que los procesados no actuaron con intención dolosa, sin embargo, se advierte que el Directorio acordó nuevamente incrementar las remuneraciones de los gerentes generales y zonales mediante Acuerdo número cero uno guión dos mil, además que los incrementos no contaron con la opinión técnica legal favorable de la Gerencia de Planificación y Presupuesto, de la oficina de Asesoría Jurídica, de la Gerencia Administrativa ni del Departamento de Recursos Humanos para la toma del Acuerdo del Directorio número cero cuatro guión veintidós guión noventa y nueve, por lo que se advierte su actuación negligente. **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal obrante a fojas dos mil trescientos cuarenta y nueve, que se atribuye a los procesados haber concertado voluntades, dilapidando los fondos de la institución EPS Grau S.A., pues realizaron pagos indebidos de remuneraciones entre el periodo de setiembre de mil novecientos noventa y nueve a mayo de dos mil tres, inobservando la normatividad legal aplicable para los ejercicios económicos de los años mil novecientos noventa y nueve, dos mil y dos mil uno, vulnerando además la Ley de Presupuesto del Sector Público de los años acotados, así como la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado Peruano y las disposiciones contenidas en los Decretos Supremos números ciento cuarenta y ocho guión dos mil guión EF y

4

9  
51

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 4826-2009**  
**PIURA**

doscientos treinta y uno guión dos mil uno guión EF; en ese sentido, los procesados aprovechándose de sus cargos dispusieron la fijación de escalas remunerativas a los distintos gerentes, trasgrediendo la ley y sin la autorización previa de un Decreto Supremo autoritativo, no cumpliendo a cabalidad con sus funciones de control para beneficiarse directamente de los incrementos remunerativos indebidos; así los procesados Guillermo Zenón Burga Carranza -Presidente del Directorio-, Germán Luis Tay Ayón, Gregoria Zapata Galeas, Jorge Hildebrando Camino Calle, Luis Alberto Romero Aguilar -miembros del Directorio-, suscribieron el Acuerdo de Directorio número cero cuatro guión veintidós guión noventa y nueve guión D, de fecha nueve de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, mediante el cual incrementaron las remuneraciones de los gerentes para los periodos mil novecientos noventa y nueve, dos mil y dos mil uno, con lo cual beneficiaron a Gabriel García López, Jesús Alberto Herrera Talavera -Gerentes Generales-, Ramiro Coronado Ácaro -Gerente Zonal de El Arenal y Sullana-, Wilfredo Lau Salazar -Gerente Zonal de Paita-, Luis Gastón Figallo Palacios -Gerente Zonal de Sullana - Paita- y Telésforo Seminario Fuentes Córdova -Gerente Zonal de Talara, Chulucana y Catacaos-, causando un perjuicio de doscientos setenta y dos mil setecientos cincuenta y dos nuevos soles; mientras que los procesados Ignacio Benavent Trullenque -Presidente del Directorio-, Jorge Hildebrando Camino Calle, Luis Alberto Romero Aguilar, Clara Liliana Baca Palacios -miembros del Directorio- suscribieron el Acuerdo de Directorio número cero uno guión cero ocho guión cero uno guión D, de fecha siete de marzo de dos mil uno, mediante el cual incrementaron remuneraciones de los gerentes a partir de dicha fecha, resultando beneficiados los procesados Manuel Gabriel Granda Saavedra, Robin David Cabrera Seminario -Gerentes Jefes del Departamento de Relaciones

42/

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. N° 4826-2009**

**PIURA**

Humanas-, Carlos Jacinto Pasapera Seminario, Carlos Alberto Callirgos Farfán - Gerentes Generales-, Eduardo David Solano Delgado, Walter Eduardo Merino Carmen -Gerentes Administrativos Financieros-, Abraham Orozco Falla -Gerente de Operaciones- y Francisco Zumarán La Torre -Gerente Comercial-, causando un perjuicio económico ascendente a seiscientos veinticuatro mil setecientos trece mil nuevos soles. **Tercero:** Que, el delito de peculado requiere que el funcionario o servidor público se apropie o utilice, para sí o para otro, intereses patrimoniales pertenecientes a la Administración Pública, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; en ese sentido sólo puede ser autor quien reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia, sea de manera directa o funcional, en percepción, custodia o administración, los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro; en ese sentido, de la propia imputación esgrimida por el Ministerio Público, así como de lo actuado en el proceso, se desprende que el incremento de las remuneraciones de los gerentes de la EPS Grau S.A., se concretó en virtud a la aprobación de los Acuerdos de Directorio números cero cuatro guión veintidós guión noventa y nueve guión D de fecha nueve de setiembre de mil novecientos noventa y nueve y cero uno guión cero ocho guión cero uno guión D de fecha siete de marzo de dos mil uno, no advirtiéndose participación alguna de los gerentes beneficiados en dichos actos, pues debido a la naturaleza de sus cargos no tenían bajo su poder o ámbito de vigilancia los caudales o efectos estatales presuntamente apropiados, apreciándose de manera clara que el dinero materia de apropiación - según la tesis fiscal- pasó al ámbito de dominio patrimonial de los procesados en calidad de remuneración por sus actividades laborales -

(b) 57/

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 4826-2009**  
**PIURA**

independientemente a la corrección administrativa de su trámite-, no teniendo vínculo funcional alguno que determine su percepción, custodia o administración relacionada con sus funciones públicas. Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro mil quinientos dos mil cinco de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco, establece que: "Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe haber, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública"; por lo tanto, no existía en los procesados que ostentaron la condición de gerentes de la EPS Grau S.A., la facultad de disposición material o jurídica sobre los caudales estatales, en el marco de la actividad funcional que desempeñaban —o lo que es lo mismo, la competencia funcional específica respecto de dichos caudales—, antes bien su tenencia directa tuvo como origen el pago de remuneraciones realizado por parte de la entidad agraviada debido al vínculo laboral que tenían con ésta, y si bien resulta inobjetable el hecho de que los gerentes de la EPS Grau S.A. fueron beneficiados directamente con los acuerdos de Directorio citados, tal circunstancia no se condice con el tipo penal que se les imputa, dada la ausencia del vínculo funcional que se ha descrito; y más aún si no se advierte de autos elemento probatorio alguno que nos permita colegir —como lo sostiene el Ministerio Público en su

54

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 4826-2009**  
**PIURA**

acusación- que los procesados actuaron concertadamente a fin de apropiarse de los fondos de la entidad agraviada, no evidenciándose ningún tipo de participación directa o indirecta en las decisiones que tomó el Directorio, ni que hayan influenciado en modo alguno en los acuerdos para el incremento de sus remuneraciones. Consecuentemente, la conducta de los procesados que ostentaron los diversos cargos de gerencia en la EPS Grau S.A., Gabriel García López, Jesús Herrera Talavera, Ramiro Coronado Ácaro, Wilfredo Lau Salazar, Luis Gastón Figallo Palacios, Telésforo Segundo Fuentes Córdova, Manuel Gabriel Granda Saavedra, Robin David Cabrera Seminario, Carlos Jacinto Pasapera Seminario, Carlos Alberto Callirgos Farfán, Eduardo David Solano Delgado, Walter Eduardo Merino Carmen, Abraham Orozco Falla y Francisco José Zumarán La Torre, resulta atípica al no existir la vinculación funcional que exige el tipo penal, por lo que tanto el extremo de la sentencia que declaró fundadas la excepciones de naturaleza de acción deducidas, así como el fallo absolutorio se encuentran arreglados a ley. **Cuarto:** Que, en cuanto a los miembros del Directorio de la EPS Grau S.A., que aprobaron el incremento de remuneraciones para los gerentes a través de los Acuerdos de Directorio números cero cuatro guión veintidós guión noventa y nueve guión D, de fecha nueve de setiembre y cero uno guión cero ocho guión cero uno guión D de fecha siete de marzo de dos mil uno, si bien poseían disponibilidad jurídica respecto de los bienes estatales, toda vez que en base a los acuerdos que tomaron se definió el destino del presupuesto con que contaba la entidad agraviada -de conformidad con las facultades que les otorgaba la ley en el ejercicio de la función pública que desempeñaban-, sin embargo, su absolución se encuentra arreglada a ley, toda vez que con lo actuado en el proceso no se logró acreditar que hayan actuado con

(X) 15/

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL TRANSITORIA**

**R.N. N° 4826-2009**

**PIURA**

dolo, conclusión a la cual arribamos luego de tomar en consideración las siguientes circunstancias: 1) se advierte claramente que el Ministerio Público fundamenta su imputación únicamente en la inobservancia de un conjunto de normas de orden económico y presupuestario, vigentes en el periodo en que se produjeron los hechos investigados, sustentando su formulación de cargos en las irregularidades advertidas en el Informe de Auditoría Especial número cero cero cuatro guión dos mil tres guión dos guión tres mil cuatrocientos setenta guión OCI, "Pagos indebidos de remuneraciones entre el periodo de setiembre mil novecientos noventa y nueve a mayo de dos mil tres en EPS Grupo Sociedad Anónima", de fojas treinta en el que se expone como recomendación se inicien las acciones legales contra los Directores que dispusieron la aplicación de esas remunerativas sin la tramitación previa del Decreto Supremo autoritativo y contra los funcionarios que en su oportunidad no cumplieron a cabalidad con sus funciones de control para beneficiarse directamente de los incrementos indebidos, y además en las irregularidades consignadas en el dictamen pericial de fojas quinientos setenta y cinco, ampliado a fojas mil trescientos noventa y seis; no obstante, la comisión del delito de peculado no puede acreditarse únicamente en función a la inobservancia de reglas de naturaleza administrativa, siendo imprescindible el establecimiento del dolo en el accionar de los inculpados; en ese sentido, si bien la parte civil señala como agravio que no puede esgrimirse como argumento que respalde la absolución de los procesados su desconocimiento de las normas infringidas, sin embargo, se advierte que los encausados no esgrimieron como tesis de defensa un desconocimiento de las normas que los impugnantes consideran inobservadas, sino que actuaron en la creencia que su decisión se encontraba amparada legalmente por la Resolución

56/

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 4826-2009**  
**PIURA**

Ministerial número cero setenta y cinco guión noventa y nueve guión EF oblicua quince, y en el convencimiento de que la EPS Grau S.A., al ser una empresa municipal no se encontraba en el ámbito de regulación del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado -FONAFE-, lo cual resulta acorde con las conclusiones establecidas en el Informe Pericial Contable de fojas tres mil cuatrocientos noventa, que señala: "No se han producido pagos indebidos de remuneraciones entre el periodo de setiembre de mil novecientos noventa y nueve a mayo de dos mil tres en la EPS Grau S.A." -séptima conclusión- y "no se evidencia ningún perjuicio económico de la presunta agraviada, por la adopción de los Acuerdos de Directorio cero cuatro guión veintidós guión noventa y nueve guión D y cero uno guión ocho guión cero uno guión D, ya que los mismos se adoptaron de acuerdo al marco legal vigente" -octava conclusión-, sustentando dichas conclusiones, entre otras normas, en el artículo uno de la Ley número veintisiete mil ciento setenta, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado<sup>1</sup>, publicada el nueve de setiembre de mil novecientos noventa y nueve; y, ii) no se ha probado que los miembros del Directorio hayan concertado en alguna forma con los gerentes beneficiados a fin de suscribir los acuerdos señalados ni que hayan recibido algún tipo de beneficio de cualquier índole por su accionar, siendo esta ausencia de motivación de especial relevancia pues se advierte que en muchos casos no existía vínculo alguno entre los miembros del Directorio y los gerentes beneficiados, incluso algunos de

<sup>1</sup> El texto original del artículo uno de la referida ley tenía el siguiente texto: "1.1 El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE es una persona jurídica de Derecho Público perteneciente al Ministerio de Economía y Finanzas, encargado de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. 1.2. Las empresas municipales no se encuentran comprendidas dentro del ámbito del FONAFE; éstas se regirán, en los aspectos de gestión y proceso presupuestario, por lo que se disponga en las normas correspondientes".

30  
54/

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 4826-2009**  
**PIURA**

éstos ejercían funciones en oficinas desconcentradas cuya competencia abarcaba las zonas de Sullana, Paita, Talara, Chulucana, Catacaos, etcétera. Que, consecuentemente, no habiéndose acreditado que los miembros del Directorio de la EPS Grau S.A. hayan actuado con el dolo exigido por el tipo descrito en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, al suscribir los Acuerdos de Directorio números cero cuatro guión veintidós guión noventa y nueve de fecha nueve de setiembre de mil novecientos noventa y nueve y cero uno guión cero ocho guión cero uno guión. D de setiembre de marzo de dos mil uno -actos con los cuales dispusieron de los fondos de la citada entidad agraviada-, su absolución se encuentra arreglada a la ley, toda vez que se encuentra probada toda forma de responsabilidad colectiva, conforme lo dispone el artículo XVII del Título Preliminar del Código Penal. Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas tres mil seiscientos sesenta, de fecha dieciséis de setiembre de dos mil nueve, en los extremos que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por los procesados Gabriel García López, Ramiro Rafael Coronado Ácaro -y no Ramiro Coronado Ácaro como erróneamente se consignó en la sentencia recurrida-, Telésforo Segundo Fuentes Cordova y Wilfredo Lau Salazar, por el delito contra la Administración Pública -peculado, en agravio del Estado y de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento Grau Sociedad Anónima; y absolución de la acusación fiscal a los procesados Guillermo Zenón Burga Camanzo, Germán Luis Tay Ayón, Gregoria Zapata Gallegos, Jorge Hildebrando Camino Calle, Luis Alberto Romero Agurto, Ignacio Benavent Trullengue, Clara Liliana Baca Palacios, Manuel Gabriel Granda Saavedra, Carlos Jacinto Pasapera Seminario, Eduardo David Solano Delgado, Walter Eduardo Merino Carmen, Robin David Cabrera Seminario, Carlos Alberto Callirgos Farfán,

313

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL TRANSITORIA**  
**R.N. N° 4826-2009**  
**PIURA**

Abraham Orozco Falla, Francisco José Zumarán La Torre –y no Francisco Zumarán La Torre como erróneamente se consignó en la sentencia recurrida-, Luis Gastón Figallo Palacios y Jesús Alberto Herrera Talavera –y no Jesús Herrera Talavera como erróneamente se consignó en la sentencia recurrida-, de la acusación formulada en su contra por delito contra la Administración Pública – peculado, en agravio del Estado y de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento Grau Sociedad Anónima –y no como erróneamente se consignó en la sentencia recurrida-; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Calderón Castillo por impedimento del señor Juez Supremo Santa María Morillo.-

S.S.

RODRÍGUEZ TÍNEO

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

BA/icc

**SE PUBLICO CONFORME A LEY**

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