



Lima, diecinueve de marzo de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado William Amasifuen Tanchiva contra la sentencia de fojas ochocientos sesenta y siete, de fecha diecisiete de agosto de dos mil doce; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el encausado William Amasifuen Tanchiva en su recurso fundamentado a fojas ochocientos noventa y nueve, alega: **i)** que la sentencia materia de impugnación vulneró el principio de congruencia, pues se le condenó por el delito de colusión desleal bajo el sustento que en el contrato de arrendamiento de vehículo suscrito entre la Municipalidad Distrital de Campo Verde y el particular, el recurrente en su condición de Alcalde, no estableció los gastos de combustible y de personal en el tramo Campo Verde – Neshuya y Pucallpa – Neshuya, no obstante que el contrato sólo se refirió al tramo Neshuya – Pucallpa; que, sin embargo, en la acusación, en lo referido al extremo del delito de colusión desleal, no se cuestiona sobre los gastos de combustible y de personal; que, de igual forma, en el juicio oral nunca fue interrogado respecto a ello y tampoco este hecho fue mencionado en la requisitoria oral del representante del Ministerio Público y es más dichos cargos nunca fueron materia de la denuncia fiscal ni del auto de apertura de instrucción, es decir ello no fue materia de examen ni de debate oral en el presente proceso, por lo que resultan ajenos, en consecuencia, la Sala Penal se excedió en el sustento fáctico afectando el principio de presunción de inocencia; **ii)** que se efectuó una errada valoración de la pericia de parte, cuyas conclusiones no han sido cuestionadas por el Ministerio Público, es más no existe pericia oficial respecto a los tramos antes indicados para determinar la presencia de un perjuicio económico, lo cual refuerza el hecho que ello no fue materia de acusación, por consiguiente no era



necesario la pericia; **iii)** que no existe el acto defraudatorio ni el acuerdo colusorio para que se configure el delito de colusión desleal, pues el contrato de alquiler de equipo mecánico es lícito y no resulta fraudulento, dado que el encausado en su condición de Alcalde estaba facultado para contratar, además la persona de Gerardo Camasca Oroche no es su pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y tampoco segundo de afinidad; asimismo, no existen medios de prueba que determinen que el particular es suegro del hermano del recurrente; que, por último, el pago por el contrato de alquiler de vehículo por viaje equivale al pago de un contrato de dicha máquina por hora, por lo que tampoco la entidad edilicia se vio perjudicada en su patrimonio; que, en consecuencia, como su conducta no se adecua al tipo descrito en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, solicita su absolución. **Segundo:** Que, de la acusación fiscal de fojas quinientos sesenta y siete, fluye que se imputa al encausado William Amasifuen Tanchiva en su condición de Alcalde del distrito de Campo Verde, de aprovecharse del cargo al haber destinado maquinarias de la citada comuna, desde el cuatro al veinticinco de abril de dos mil siete, a favor de su hermano Obner Amasifuen Tanchiva, esto es para que transporte y comercialice materiales de construcción en los volquetes de propiedad de la Municipalidad identificados con placas de rodaje números XI – nueve mil ochocientos noventa y seis y XG – ocho mil doscientos sesenta y dos, desde las canteras del señor Rafael Cuscano Saldaña, ubicadas en el kilómetro sesenta de la carretera Federico Basadre hasta la ciudad de Pucallpa, realizando este hecho con su sobrino Deber Amasifuen Camasca, calificándose este acto como delito de colusión desleal, pues teniendo en cuenta el contrato de alquiler de equipo mecánico de fecha dos de abril de dos mil siete, celebrado con el señor Gerardo Camasca Oroche -quien refiere en su manifestación policial que nunca firmó un contrato de compra venta de ripio y tampoco prestó dinero a su yerno Obner Amasifuen Tanchiva, además desde el mes de abril a setiembre de dos mil siete se



encontraba en su chacra- se advierte que existió un acuerdo previo con la finalidad de obtener un beneficio económico, valiéndose de formas contractuales como la elaboración del contrato firmado por el encausado, quien debió proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con la persona de Gerardo Camasca Oroche en condiciones distintas a lo establecido en la Ordenanza Municipal número cero cero uno – dos mil seis – MDCV, respecto al cuadro de tasas y derechos municipales, verificándose que el cobro de alquiler de los volquetes es por hora y no por viaje como se realizó en el contrato.

Tercero: Que, el delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: **i)** el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; **ii)** perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, **iii)** mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierta con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes -el Estado y los particulares- esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado; que, en el presente caso, el concierto subrepticio y clandestino entre el encausado Wiliam Amasifuen Tanchiva, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Campo Verde con el particular interesado Gerardo Camasca Oroche resulta obvio, por el modo, forma y circunstancias en que suscribieron el contrato de alquiler de equipo mecánico número cero treinta – dos mil siete – MDCV, de fecha dos de abril de dos mil siete -véase fojas sesenta y tres- para la realización de diecisiete viajes de volquete para el traslado de material granulado (hormigón) desde el centro de acopio, esto es, en el kilómetro sesenta de la carretera Federico Basadre hasta su centro de distribución en la



ciudad de Pucallpa y en el que se pactó como contraprestación la suma de ciento noventa nuevos soles por viaje efectuado incluidos los gastos de combustible y operador, determinándose un monto de tres mil doscientos treinta nuevos soles, lo cual se pagó con un desembolso inicial de seiscientos nuevos soles a la suscripción del aludido contrato y su diferencia en la prestación del servicio contratado, debiendo realizar el pago total al cabo de quince viajes ejecutados. **Cuarto:** Que, a tal conclusión se arriba en mérito a los siguientes hechos probados: **i)** que los términos en que se celebró el mencionado contrato de alquiler vulneraron la Ordenanza Municipal número cero cero tres – MDCV – dos mil siete, de fecha dos de febrero de dos mil siete -véase fojas ciento seis- pues en dicha norma se estableció que el alquiler del volquete de la Municipalidad agraviada se tenía que realizar por hora y contar como requisitos el recibo de pago, derecho de pago de dos punto seis por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria y, asimismo, señaló que la Gerencia de Rentas es el área donde se debe iniciar y aprobar el trámite; no obstante, el contrato de alquiler se efectuó por viaje y no por hora desde el centro de acopio hasta el centro de distribución en la ciudad de Pucallpa, obviándose expresamente que el tramo comprendido entre el distrito de Campo Verde y el centro de acopio, así como el que correspondía de la ciudad de Pucallpa al distrito de Campo Verde, generaría no sólo un gasto extra de combustible, sino también un pago al operador de la maquinaria, lo cual fue asumido por la entidad agraviada afectando su patrimonio, de lo que se infiere que el contrato se confeccionó con cláusulas a favor del particular con la intención de evitar el pago de dichos aspectos antes mencionados; **ii)** el particular con el que se celebró el contrato de alquiler de los volquetes era el suegro del hermano del encausado Obner Amasifuen Tanchiva -véase fojas trescientos treinta y siete- de lo que se colige que el imputado tenía un especial interés en que el contratista se beneficiara económicamente con el alquiler de la maquinaria al conocer perfectamente que el contratista era familiar de su hermano -véase



declaración plenaria-; **iii)** el parte diario de máquinas -véase fojas sesenta y ocho- arroja que el combustible utilizado en la prestación del servicio fue utilizado en forma excesiva en perjuicio también del patrimonio de la comuna agraviada, así en tres viajes podían utilizarse veinte galones de combustible, mientras que en uno sólo quince galones; y, **iv)** si bien, la prueba documental aportada a los autos demuestra que la Municipalidad Distrital de Campo Verde recibió la suma de tres mil doscientos treinta nuevos soles como consecuencia del alquiler de sus volquetes, y ello ha sido corroborado con la pericia de parte presentada por la defensa técnica del imputado, es de tener en consideración que tal contraprestación representa el gasto irrogado por los viajes realizados por la maquinaria del centro de acopio del hormigón a la ciudad de Pucallpa donde se encuentra el lugar de distribución del mismo, pero no así en lo que representa el gasto que deriva del trayecto del distrito de Campo Verde al centro de distribución y luego su regreso de la ciudad de Pucallpa a dicho distrito a lo que se suma también el gasto del operador de los vehículos, lo que demuestra que el contrato fue elaborado con la intención de beneficiar al particular y defraudar a la entidad agraviada, lo que determina que no resulta necesario la realización de una pericia para establecer el perjuicio económico irrogado al Estado; que, en consecuencia, lo antes expuesto tiene aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia del encausado prevista en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado. **Quinto:** Que, de otro lado, el encausado ha señalado como agravio de su recurso de nulidad que la sentencia afectó el principio de congruencia, pues existe un exceso en el hecho fáctico objeto de acusación fiscal; que, en el caso de autos, no se está cuestionando la licitud o ilicitud del contrato celebrado por el encausado con el particular, sino que los términos en que fue celebrado se realizaron en contravención a una Ordenanza Municipal que tiene rango de ley conforme lo señala el inciso cuatro del artículo doscientos de la Constitución Política del Estado, los cuales al ser materia de análisis



y evaluación con el objeto de establecer el porqué la autoridad municipal infringió una norma emitida en su propia gestión nos lleva a concluir que evidentemente fue con el fin de beneficiar al particular, que resultaba ser familiar de su hermano, en perjuicio de la comuna que dirigía y para concluir en ello era necesario mencionar los gastos que generaron los vehículos al desplazarse en los tramos que no fueron considerados en el contrato y asimismo, los gastos que irrogó la persona que los operó, lo cual tampoco fue tomado en cuenta, aspectos que están vinculados íntimamente con la forma en que fue celebrado el contrato; que, en tal virtud, no se afectó el principio de congruencia procesal; que, por consiguiente, la conducta desplegada por el encausado se subsume simétricamente en la hipótesis jurídica que describe el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.

Sexto: Que, el señor Fiscal Supremo en lo Penal ha solicitado en su dictamen que se remitan copias certificadas de las piezas procesales del presente proceso a la Fiscalía Provincial de Turno en lo Penal, toda vez que considera que de autos emergen indicadores que evidencian que la persona de Gerardo Camasca Oroche se coludió con el encausado Wiliam Amasifuen Tanchiva para ser beneficiado con la celebración del contrato de alquiler de volquetes para trasladar material en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Campo Verde, lo cual lo vincularía con el delito de colusión desleal a título de cómplice ,primario (extraneus), por lo que es del caso acceder a lo petitionado por el representante del Ministerio Público. Por estos fundamentos: por mayoría declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos sesenta y siete, de fecha diecisiete de agosto de dos mil doce, que condenó a Wiliam Amasifuen Tanchiva como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Campo Verde y el Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años a condición que cumpla con las reglas de conducta que en ella se indican, lo inhabilita por el plazo de dos años



conforme a lo previsto por los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, y fijó en la suma de tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el sentenciado a favor del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; **MANDARON** que en mérito a lo expuesto en el sexto fundamento jurídico de la presente Ejecutoria Suprema a solicitud del señor Fiscal Supremo en lo Penal se remitan copias certificadas de las piezas procesales del presente proceso al señor Fiscal Provincial en lo Penal de turno a efecto que proceda conforme a sus atribuciones; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Neyra Flores por vacaciones del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.-

S.S.

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

BA/rnp.

27 MAY 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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



EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO JAVIER VILLA STEIN ES COMO SIGUE:

Lima, diecinueve de marzo de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Wiliam Amasifuen Tanchiva contra la sentencia de fojas ochocientos sesenta y siete, de fecha diecisiete de agosto de dos mil doce; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que, el suscrito emite voto singular al discrepar de sus Colegas, pues considera que en el presente caso no se materializó el delito objeto de acusación mucho menos la responsabilidad penal del encausado Wiliam Amasifuen Tanchiva.

Segundo: Que, en efecto, luego de analizar el hecho objeto de acusación no advierto que éste configure el delito de colusión desleal, en tanto la prueba actuada o cuando menos los indicios que concurren al caso de autos no tienen entidad suficiente para demostrar que en la celebración del contrato de alquiler de equipo mecánico entre el encausado Wiliam Amasifuen Tanchiva, como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Campo Verde, con la persona de Gerardo Camasca Oroche haya existido un acuerdo colusorio con el objeto de defraudar a la mencionada entidad edil. **Tercero:** Que, si bien, en la Ordenanza Municipal número cero cero tres – MDCV – dos mil siete, de fecha dos de febrero de dos mil siete -véase fojas ciento seis- se estableció que el alquiler del volquete de la Municipalidad agraviada se tenía que realizar por hora, y no obstante lo cual el referido contrato de alquiler se celebró por viaje, ello no constituye indicio que demuestre que la intención del encausado Wiliam Amasifuen Tanchiva haya sido la de favorecer económicamente al particular y perjudicar el patrimonio de la comuna que representaba, es decir esta inferencia no puede



constituir en modo alguno el elemento subjetivo del tipo penal materia de incriminación, pues el acto jurídico se efectuó de modo lícito y las cláusulas del mismo se pactaron de modo espontáneo y libre, esto es, con clara manifestación de la voluntad; asimismo, se concretó en los mismos términos de su celebración realizándose la prestación del servicio al particular y éste entregó la contraprestación pactada; que, por lo demás, los gastos que se efectuaron en razón de combustible y operador de la máquina por los tramos a que se hacen referencia en la sentencia materia de grado que no fueron incluidos en el referido contrato no pueden ser endilgados o endosados al particular, pues éste sólo se limitó a pagar por un servicio prestado; que, finalmente, la entidad edil recibió la suma de tres mil doscientos treinta nuevos soles por el alquiler de su maquinaria, ello en razón a la labor que efectuó, por ende, no existe perjuicio a la Municipalidad Distrital de Campo Verde, por lo que se descarta el dolo; que, por consiguiente, no se presentan los elementos objetivo y subjetivo del delito de colusión desleal. **Cuarto:** Que, más bien, el presente caso, se trataría de una infracción de índole administrativa que debió ser sancionada como corresponde y no generar la intervención del sistema de justicia penal; que, al respecto, debemos tener presente que el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos; que, en tal orden de ideas, el principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, presenta dos aspectos a tener en cuenta: **a)** el ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes; y, **b)** el ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras



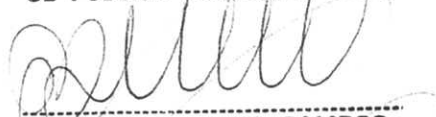
soluciones menos drásticas que la sanción penal; que, por ello, el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha tutela se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables; y exclusivamente en la medida que ello sea necesario; que, por consiguiente, debe absolverse al encausado de la acusación fiscal. Por estos fundamentos: mi voto es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos sesenta y siete, de fecha diecisiete de agosto de dos mil doce, que condenó a Wiliam Amasifuen Tanchiva como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal en agravio de la Municipalidad Distrital de Campo Verde y el Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; **reformándola**: se **ABSUELVA** a dicho encausado por el delito y agraviado antes citados; y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales generados por estos hechos; y se devuelva los autos al Tribunal Superior de origen.-

S.

VILLA STEIN

27 MAY 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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