CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2770-2011
PIURA

Lima, doce de septiembre de dos mil doce.-

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior Titular de la Segunda Fiscalía Superior Penal Liquidadora de Piura y el Procurador Público Anticorrupción, contra la sentencia de fojas mil doscientos ochenta y cinco, del diecinueve de julio de dos mil once, que absolvió a los acusados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en agravio del Estado –Municipalidad Distrital de La Unión; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO**:

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:

1.1. Que, el representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad formalizado, a fojas mil trescientos siete, argumentó que no está conforme con la absolución, pues quedó acreditada la comisión del delito de aprovechamiento indebido de cargo, así como la responsabilidad de los procesados, debido a que: **a)** según los términos contractuales, el inicio de la obra fue el día cuatro de febrero de dos mil cuatro y debía culminarse el dieciocho de febrero de dos mil cuatro, lo cual no se hizo, generándole al Estado un perjuicio económico; **b)** asimismo, según el contrato correspondía un adelanto directo del veinte por ciento del monto total de la obra y el pago de un equivalente al cuarenta por ciento del monto total para la adquisición de materiales e insumos; habiendo emitido el Gerente Municipal Rojas Granados los memorándums números cero trece y cero catorce guión dos mil cuatro guión GM guión MDLU, mediante los cuales dispuso los pagos

Lpderecho.pe

al contratista SERELCSA, como adelanto directo del cuarenta por ciento (el mismo día), lo cual se convirtió en un adelanto directo, afirmando que se interesó directamente aprovechándose de su cargo de Gerente para favorecer al contratista SERELCSA; **c)** no ejecutó los certificados de caución presentados por el contratista que garantizaban el fiel cumplimiento de la obra; **d)** no dispuso la deducción de cuatro mil cincuenta nuevos soles con veintiún céntimos, como penalidad; **e)** el acusado Benique Cabrera en su condición de inspector de la obra y además Gerente de Desarrollo Urbano no requirió a la empresa SERELCSA la amortización de la totalidad del adelanto otorgado, ya que faltaba amortizar la suma de seis mil doscientos treinta y dos nuevos soles con sesenta y un céntimos; y, **f)** no se ha tenido en cuenta el Informe número ciento setenta y cuatro guión dos mil seis guión CG oblicua ORP, emitido por la Contraloría y ratificado por sus peritos; ni el informe pericial contable del nueve de junio de dos mil once, emitido por los peritos Pedro Nolasco Balque Camacho y Oscar Albines Reyes.

1.2. La parte civil, en su recurso de nulidad formalizado a fojas mil trescientos once, señaló que se otorgó la Buena Pro, en forma indebida e irregular al Consorcio SERELCSA; además le amortizaron en forma irregular, en calidad de adelanto el sesenta por ciento del monto pactado, sin contar con los Informes favorables del Inspector de obras, ni tomar en cuenta lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, beneficiándose económicamente con los porcentajes de cancelación adelantada de la denominada "Obra culminación de la entrada a la Unión", ocasionando un perjuicio económico al Estado y a la entidad Edil.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA:

2.1. Según la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciocho, se imputa al acusado **Marco Antonio Rojas Granados,** en su condición de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de La Unión período dos mil tres, haber autorizado indebidamente el pago de adelantos, sin contar con los Informes favorables del Inspector de Obras (el coencausado Valerio Benique Cabrera), ocasionando que se pague de manera irregular y sin fundamento al contratista Víctor Urbina Bustamante, en representación del Consorcio SERELCSA la cantidad de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos, en un plazo de quince días calendarios, otorgándole la Buena Pro con fecha diecinueve de diciembre de dos mil tres, sin que la Municipalidad tome conocimiento de la aplicación de ésta situación, además se le efectuó el pago de adelantos previo y sin la garantía que los materiales ingresen a la obra oportunamente, retrasando la ejecución de la obra "Culminación de la Entrada a La Unión", así como no requerir al contratista la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de amortizar, y por haber omitido realizar acción orientada a la aplicación de la penalidad correspondiente al contratista, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la entidad hasta por el monto de once mil setenta y cinco nuevos soles con diecisiete céntimos, evidenciando un claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de obra.

2.2. Se incrimina al procesado **Valerio Benique Cabrera**, haber omitido en su calidad de inspector de obra y Gerente de Desarrollo Urbano, durante el período dos mil cuatro, requerir al contratista del Consorcio SERELCSA la amortización de la totalidad del adelanto otorgado y pendiente de

Lpderecho.pe

amortizar, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la entidad agraviada (Municipalidad Distrital de La Unión – Piura), hasta por el monto de siete mil veinticuatro nuevos soles con noventa y seis céntimos, evidenciando un claro favoritismo al no exigirle al contratista el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el contrato de la obra.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

3.1. El delito de negociación incompatible, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal (vigente al momento de los hechos), es una modalidad de corrupción, por lo mismo la conducta del agente debe poseer esa orientación y no una simple irregularidad o anomalía administrativa; debiendo para ello cumplir con las exigencias del tipo penal, los cuales pasamos a detallar: **a) *intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional***, es decir, el funcionario o servidor público posee facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo, puesto o empleo en la administración pública, ello supone que: **i)** es inherente al ámbito de su competencia ser parte en el contrato u operación; **ii)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo; **b) *indebidamente interesarse directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero***, el interesarse indebidamente es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros, admitiendo tres modalidades de comisión **directa** (implica que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, en cualquier momento de la negociación), **indirecta** (es hacerlo, en el contrato u operación a través de otras personas) o por **acto simulado** (es realizarlo aparentando que se trata de intereses

Lpderecho.pe

de la administración pública cuando en realidad son particulares o personales); **c) *el objeto del interés del funcionario o servidor público: el contrato u operación***, dada la naturaleza de los actos que interviene, el interés ilícito del funcionario o servidor público reviste naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden ser de naturaleza diversa (económica, cultural, servicios, etc.); y, **d) *requiere el dolo directo***, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

3.2. Estando a lo expuesto, procederemos a señalar que de autos se advierte, que la Municipalidad Distrital de La Unión - Piura otorgó la Buena Pro al Consorcio SERELCSA - RU, para la ejecución de la obra "*Construcción de la Entrada La Unión - Piura*", por la suma de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos -véase el Acta de evaluación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro de la adjudicación directa selectiva número cero cero cuatro guión dos mil tres guión CEAO oblicua MDLU, del diecinueve de diciembre de dos mil tres, obrante a fojas veintiuno y siguientes-, suscribiendo el tres de febrero de dos mil cuatro, el Contrato de ejecución de obra por contrata -véase fojas mil treinta y tres a mil cuarenta-, el cual contemplaba en la cláusula séptima "Obligaciones de la Municipalidad en la Ejecución de la Obra", la obligación de otorgar un adelanto directo hasta por el veinte por ciento del monto del contrato, así como los adelantos específicos para la adquisición de materiales e insumos hasta por el cuarenta por ciento del monto del contrato, requiriéndose previamente la presentación de garantías establecidas en el contrato, de conformidad con lo estipulado en los artículos cientos veintiuno, ciento veintinueve y ciento treinta del Reglamento de la Ley de Contrataciones y

lpderecho.pe

Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo número cero trece guión dos mil uno guión PCM.

3.3. Teniendo en cuenta lo antes acotado, el representante del Consorcio SERELCSA, Víctor Urbina Bustamante efectuó dos requerimientos con fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro, el primero de un adelanto directo del veinte por ciento del monto de la obra, que asciende a la suma de dieciséis mil doscientos nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos -véase fojas cuarenta y uno- y el segundo del cuarenta por ciento, para adquisición de materiales, cuyo monto asciende a la cantidad de treinta y dos mil cuatrocientos un nuevos soles con sesenta y ocho céntimos -véase fojas cincuenta y uno-, adjuntando para ello dos Certificados de Pólizas de Caución, por los montos antes señalados -las mismas que obran a fojas cuarenta y tres y cincuenta y tres, respectivamente-. Autorizando dichos pagos el procesado Marco Antonio Rojas Granados, en su calidad de Gerente de la Municipalidad Distrital de La Unión -véase fojas cuarenta y cinco a cincuenta y cinco-, conforme se aprecia de los comprobantes de pago, obrantes a fojas cuarenta y siete y cincuenta y siete; sin embargo, cabe resaltar que el artículo séptimo del contrato antes mencionado, también estipulaba que se requería de un Informe favorable del Ingeniero Inspector y/o Supervisor, lo cual no se efectuó para el primer adelanto (del veinte y cuarenta por ciento del monto de la obra), pero sí para los subsiguientes adelantos, emitiendo los correspondientes informes el procesado Benique Cabrera; no obstante, cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe favorable del Supervisor de la obra no constituye indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible; toda vez que no cualquier irregularidad de carácter administrativo es idónea para configurar el delito materia de litis. Debiendo

Lpderecho.pe

tener presente además, que los peritos contadores Pedro Nolasco Baique Camacho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, señalaron que los adelantos efectuados con garantía de fiel cumplimiento (pólizas de caución) se realizaron de acuerdo al contrato suscrito y a la normativa legal aplicable en esa fecha. En consecuencia, con respecto a esta imputación no existen elementos suficientes que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste al encausado Rojas Granados.

3.4. De otro lado, respecto a la imputación de que los encausados Marco Antonio Rojas Granados y Valerio Benique Cabrera no cumplieron con deducir la penalidad por retraso en la ejecución de la obra, resulta importante señalar que conforme se señaló líneas arriba, el contrato para la ejecución de la obra "*Construcción de la Entrada La Unión - Piura*", se suscribió el tres de febrero de dos mil cuatro -véase fojas mil treinta y tres a mil cuarenta-, rigiendo el inicio del plazo de catorce días calendarios, desde la entrega de los adelantos (esto es, el cuatro de febrero de dos mil cuatro), conforme se aprecia en su cuarta cláusula del contrato, quedando como fecha de vencimiento el dieciocho de febrero del mismo año; sin embargo, la empresa contratista SERELCSA – RU no cumplió con culminar la obra dentro del plazo establecido, por lo que, el encausado Benique Cabrera, en su condición de Supervisor de obra, emitió el Informe número cero cuarenta y uno oblicua dos mil cuatro oblicua MDLU, de fecha veintiséis de abril de dos mil cuatro, dirigido al Gerente de Desarrollo Urbano (José Miñope Effio), obrante a fojas seiscientos setenta y siete, en el cual pone en conocimiento que la empresa Contratista SERELCSA- RU, incurrió en infracción del tiempo de ejecución del contrato, precisando que debe aplicarse la multa correspondiente (como máximo al cinco por ciento del monto contratado), la cual equivale al monto de

Lpderecho.pe

cuatro mil cincuenta nuevos soles con veinte céntimos, siendo la multa diaria de setecientos veintitrés nuevos soles con veinticinco céntimos; debiendo añadir que el área encargada de deducir la penalidad y de ejecutar la fianza de fiel cumplimiento otorgada por Consorcio SERELCSA- RU, era la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad Distrital de La Unión, tal como lo estipula el Manual de Organización y Funciones -así lo han precisado los peritos Pedro Nolasco Baique Camacho y Oscar Albines Reyes, en el Informe pericial contable, obrante a fojas mil doscientos veintisiete, del nueve de junio de dos mil once y en la sesión de audiencia obrante a fojas mil doscientos cincuenta y ocho-; por lo tanto, no era competencia de los procesados Valerio Benique Cabrera y Marco Antonio Rojas Granados, tanto más si el primero de los nombrados cumplió con poner en conocimiento de ello a la Gerencia de Desarrollo Urbano, resultando de aplicación el principio de confianza (filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica de algún delito, exigiendo como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro, permitiendo en la sociedad la confianza respecto de los terceros, creándose una expectativa de actuación correcta, por tanto no se está obligado a revisar minuciosamente la actuación de aquéllos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y el desarrollo de la sociedad, operando el principio de confianza tanto para delitos dolosos y culposos).

3.5. Aunado a ello, se tiene que la pericia contable ampliatoria, del veintidós de junio de dos mil once, emitida por los peritos públicos contadores Pedro Nolasco Baique Camacho y Oscar Albines Reyes, obrante a fojas mil doscientos cuarenta y nueve, verificó que la inversión total por la ejecución de la obra, asciende a la suma de setenta y tres mil setecientos setenta y dos nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, es decir, el monto pagado es menor al presupuestado y pactado para la ejecución de la obra antes

Lpderecho.pe

mencionada (el cual ascendía a la suma de ochenta y un mil cuatro nuevos soles con diecinueve céntimos), no evidenciándose perjuicio alguno causado a la referida entidad; sino más bien intervinieron la obra ante el retraso de la empresa Contratista, con la finalidad de evitar así el perjuicio que aducen, culminando la ejecución de la obra. En consecuencia, no existiendo indicios ni pruebas suficientes, que desvirtúen la presunción de inocencia que le asiste a los encausados Rojas Granados y Benique Cabrera, este Supremo Tribunal encuentra con arreglo a ley la sentencia recurrida.

Por estos fundamentos, **DECLARARON: NO HABER NULIDAD** en la sentencia del diecinueve de julio de dos mil once, de fojas mil doscientos ochenta y cinco, que absolvió a los procesados **MARCO ANTONIO ROJAS GRANADOS Y VALERIO BENIQUE CABRERA**, de la acusación fiscal como autores del delito de aprovechamiento indebido de cargo, tipificado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en agravio del Estado –Municipalidad Distrital de La Unión; y con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

VSlmcay

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

30 ENE 2013

Lpderecho.pe