SUMILLA:
Debe mantenerse la sentencia absolutoria si de autos se advierte que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al justiciable.

Lima, seis de agosto de dos mil catorce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Procurador Público y el representante del Ministerio Público contra la sentencia del veinticuatro de enero de dos mil trece -fojas tres mil ochocientos cuarenta y uno-; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

I. FUNDAMENTOS DE LOS RECURRENTES:

1.1. Que, el abogado de la Procuraduría Pública en su recurso formalizado -fojas tres mil novecientos diecinueve- alega que; i) Los encausados fueron absueltos de los cargos imputados pese a la existencia de elementos de prueba que corroboran las irregularidades en el proceso de selección para el otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa Belén; ii) Sobre la adquisición de grass para la obra Alameda Peatonal de Yarabamba se realizó dicha compra por una cantidad superior a la requerida; iii) En cuanto a la adquisición del material de relleno para la misma obra existen elementos probatorios que acreditan que la encausada Yris Natividad Moncca Gómez simuló la cancelación del mismo por la suma de S/. 7,560 nuevos soles, contando con la colaboración del encausado Wilfredo Escalante Vargas, quien presentó una liquidación por los metros adquiridos.

1.2. De otro lado, el representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado -fojas tres mil novecientos treinta y nueve- alega que: i) Los miembros del comité Especial con participación de la Alcaldesa concertaron para simular un proceso de adjudicación a fin de otorgar la buena pro a la empresa de la procesada Ranilla Oviedo; asimismo, la encausada Linares Moscoso usurpó el ámbito de competencia del Comité Especial al elaborar y entregar a su presidenta las bases para la buena pro, cuando ésta era atribución exclusiva del referido Comité; ii) Respecto a la adquisición del césped, los encausados solicitaron una cantidad excesiva por la suma de S/. 2,116.00 nuevos soles para apropiarse de la diferencia; iii) En relación a la adquisición de relleno para la obra Alameda Peatonal, de igual modo se solicitó una cantidad excesiva a fin de apropiárselo.

II. IMPUTACIÓN FÁCTICA:

2.1. Conforme al dictamen acusatorio se imputa a las encausados Cecilia Elizabeth Linares Moscoso, en su condición de Alcaldesa de la Municipalidad Distrital de Yarabamba, Iris Natividad Moncca Gómez, Zoila Ochoa Tapara e Inés Jovita Aguilar Flores, como miembros del Comité Especial de la obra "Techo del local social de Yarabamba" haber concertado con la encausada Verónica Elisa Ranilla Oviedo, en su condición de representante de la Empresa constructora y Servicios Belén E.I.R.L. y el encausado Oscar Alfonso Rosas Rodríguez (quien simuló ser postor para que se cumpla el requisito de tres postores y luego fue el residente de obra de la empresa ganadora) a fin de beneficiar indebidamente a la referida empresa con el otorgamiento irregular de la Buena Pro en el proceso de Adjudicación de menor cuantía de la referida obra contraviniendo la normatividad legal referente a las contrataciones y adquisiciones del Estado; imputándole además a la encausada Linares Moscoso, haber elaborado y entregado las bases administrativas al

Comité Especial de la obra antes citada, cuando esa es función del propio Comité.

2.2. Se imputa a las encausadas Linares Moscoso, Moncca Gómez y Escalante Vargas haberse apropiado de los fondos provenientes de la adquisición de gras y material de relleno para la obra "Alameda Peatonal; al efectuarse la compra de 875 metros cuadrados de pasto por la suma de S/. 6,125 nuevos soles en enero de dos mil cuatro, a pesar que solo se requería de 598, existiendo un exceso de S/. 2,116 nuevos soles, monto que fue apropiado por los encausados.

2.3. Finalmente, se compró 630 metros cuadrados de relleno por la suma de S/. 7560 nuevos soles para la referida obra cuando sólo se necesitaron 444 metros cuadrados, existiendo una diferencia de S/. 3,635 nuevos soles, la que fue apropiada por los procesados.

III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

3.1. RESPECTO DEL DELITO DE COLUSIÓN:

3.1.1. Que, la Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas - órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Es así que la administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas. Cabe indicar que, la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento de la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión (Dromi, José Roberto, Licitación Pública, Ediciones Argentina, mil novecientos noventa y cinco, página treinta y nueve). Para ello, es importante que la contratación estatal sea sometida a

determinadas reglas que incluyen un conjunto de actos preparatorios -la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, entre otros-.

3.1.2. Que, el quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios - Ley de Contrataciones del Estado - da vida a la figura delictiva de la Colusión ilegal, que debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción -o posibilidad- de un perjuicio, no constituyendo por tanto – el perjuicio – un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio -defraudatorio-.

3.1.3. Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, **para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados**, esto es que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, **si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el**

tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión Ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

3.1.4. Estando a lo expuesto, del caso concreto podemos advertir que si bien existen irregularidades en cuanto al cumplimiento de plazos establecido en el cronograma del proceso, para la venta de bases, evaluación de propuestas y otorgamiento de buena pro; así como la falta de comunicación a los postores sobre el resultado del proceso; ello constituye un acto negligente por parte de las miembros del Comité; sin embargo, las propias encausadas Moncca Gómez, Ochoa Tapara y Aguilar Flores han sido enfáticas en sostener durante el proceso penal que desconocían acerca de la normatividad vigente y relativa a procesos de selección, afirmando que no estaban capacitadas para ello y es en mérito a lo cual solicitaron incluso una capacitación que solamente estuvo orientada a brindarles unas charlas que no abonaron a un buen desempeño en dicha función encomendada; sumado a ello, si bien la encausado Linares Moscoso, en su condición de alcaldesa tampoco tomó las previsiones del caso a fin de verificar la correcta actuación de los miembros del Comité para el proceso de selección en mención y aun cuando la coencausada Yris Moncca haya afirmado que fue la antes señalada quien les entregó las bases, dicha versión no se ha podido corroborar con otro elemento probatorio o indicio suficiente.

3.1.5. Estando a lo antes esgrimido, es de advertir que ninguna de las citadas irregularidades logran determinar de manera fehaciente que las mismas se hayan efectuado con el ánimo doloso de concertar entre la Alcaldesa y miembros del comité y la encausada Ranilla Oviedo; tanto más si a la fecha en que se efectuó el proceso de selección contratación y ejecución de la obra "Local Social de Yarabamba – Techo" se encontraba vigente la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,

aprobado por Decreto Supremo Nº 012-2001-PCM que establecía en su artículo cien que se realizará mediante invitaciones **que pueden ser a más de un proveedor**, dependiendo de la oportunidad, del monto y de la naturaleza de la obra y se cursan a través de cualquier medio de comunicación escrito, incluyendo el facsímil y el correo electrónico. En ese sentido, desde ya el errado procedimiento seguido, evidencia que en efecto, las encausadas desconocían los lineamientos y especificaciones establecidas en la norma respectiva para un proceso de selección.

3.1.6. Con lo expuesto, el hecho que la encausada Ranilla Oviedo haya contratado los servicios del coencausado Oscar Rosas Rodríguez como residente de obra para la construcción del techo del local social de Yarabamba, pese a que fue postor en el proceso de selección en modo alguno puede constituir indicio o prueba de alguna concertación ya que no existe impedimento legal alguno para que un postor pueda brindar servicios particulares a la empresa ganadora de la licitación, con posterioridad al proceso de selección; del mismo modo, el hecho que los testigos José Francisco Huamán Piscoya y Genaro Tinta Cáceres hayan negado haber comprado las bases y presentarse al proceso de selección, no constituye prueba o indicio respecto de los encausados, ya que no se logró determinar de manera fehaciente la ilegalidad de la documentación presentada por la empresa H&T, menos aún que la misma haya sido desplegada por los propios encausados con fines de concertación con la empresa ganadora del proceso de selección.

3.1.7. Estando a lo antes esgrimido, podemos sostener que no existe suficiencia probatoria respecto a la responsabilidad penal de los encausados en el delito que se les imputan, en tanto si bien no se ejecutó de manera correcta y apropiada los actos necesarios para licitar ello responde a una negligencia por parte de la Alcaldesa y los miembros del

comité; que en modo alguno logra acreditar que se hayan concertado con la representante de la Empresa a efectos de defraudar al Estado; y si bien existió un retardo en la entrega de la obra así como un aumento de encofrado que tampoco siguió un procedimiento establecido conforme la Ley de Contrataciones también lo es que, ello se debió a las torrenciales lluvias que aquejan a la comunidad, por lo que se vio en la necesidad de realizar un volado en el techo que no había sido parte del proceso de selección y que en modo alguno constituyó un sobrecosto para la Municipalidad al encontrarse debidamente justificados, por lo que incluso la demora en la entrega de la obra no puede ser atribuible a los encausados, pues fue a consecuencia del clima, siendo incluso esa una de las causas por las que la encausada Linares Moscoso solicitaba celeridad al Comité para el proceso de selección, ante la inclemencia de las lluvias que por esa temporada existe en dicha ciudad; motivo por el cual, se aprecia que la sentencia absolutoria en este extremo se encuentra conforme a ley y debe mantenerse vigente, en tanto no se logró desvirtuar la presunción de inocencia de los encausados, al advertirse que su conducta no se desplegó de manera dolosa.

3.2. RESPECTO DEL DELITO DE PECULADO:

3.2.1. Al delito de Peculado doloso se le define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública. Para la configuración de este tipo penal es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos por parte del agente haya causado un perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. En consecuencia, el objeto del delito de

Peculado -caudales o efectos- debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública (Rojas Vargas, Fidel Delito contra la administración pública, Tercera Edición, Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos treinta y uno).

3.2.2. Asimismo, para la configuración del delito de peculado no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio aunque estos hayan sido devueltos.

3.2.3. Debe precisarse que respecto a la compra de gras o pasto para un área de 875 metros cuadrados en efecto se acreditó el pago de S/. 5,500.00 nuevos soles habiéndose efectuado el pago del mismo, restando un monto ascendente a 625.00 nuevos soles, debiéndose precisar que si bien se determinó que el área era de un aproximado de 598 metros cuadrados, por lo que existió un pago en exceso ascendente a S/. 966.10 nuevos soles; sin embargo, el encausado Escalante Vargas durante el proceso fue persistente en sostener que aquel exceso solicitado de grass o pasto se debió a que la manipulación en el traslado y descarga hasta el lugar de colocación implicaría pérdidas, así como otro monto para realizar un mantenimiento correspondiente; asimismo, se advierte que aquel monto de grass sobrante se utilizó en otras áreas, máxime si no se trata de los metros que fueron objeto de los cargos formulados por el representante del Ministerio Público, por la suma de dos mil doscientos dieciséis nuevos soles, sino que es un equivalente de mil novecientos treinta y nueve nuevos soles.

3.2.4. En ese mismo sentido, respecto de la adquisición del material de relleno, se acreditó que la cantidad adquirida fue de seiscientos treinta metros cúbicos por la suma de siete mil quinientos sesenta nuevos soles, y

si bien la Contraloría detectó un exceso en la cantidad referida, ello fue consecuencia de que se realizaron medidas inexactas, con tomar en cuenta que las mismas están sujetas a márgenes aproximados, debiéndose considerar que al realizar la auditoría no se tomó lo antes enunciado, ya que la propia imputada Linares Moscoso informó acerca de la recepción de relleno como donación por parte del Ministerio de Transporte, por un área de ciento veinte metros cúbicos, tanto más si el representante del Ministerio Público, al formular su acusación estableció un área y un monto supuestamente apropiado que no se condice con la realidad, al igual que en el caso de la adquisición de pasto.

3.2.5. En consecuencia, no se puede sostener que los encausados se apropiaron de sumas de dinero que correspondían para la adquisición de gras y relleno, cuando el propio el representante del Ministerio Público como titular de la acción penal y responsable de la carga de la prueba no efectuó una debida propuesta fáctica, basándose únicamente en el informe de la Contraloría, sin que se hayan efectuado o solicitado se realicen las gestiones necesarias para poder efectuar las pericias convenientes a fin de determinar de manera clara, concreta y exacta la real medida de las áreas en cuestionamiento, a efectos de determinar si en realidad los encausados se apropiaron de las sumas que se les imputa, o si sus conductas únicamente constituyen negligencias; que en modo alguno puede ser suficiente para lograr desvirtuar la presunción de inocencia que les asiste a los encausados, por el contrario tanto el representante del Ministerio Público como la Procuraduría Pública tiene la obligación de aportar para el mejor esclarecimiento de los hechos, y no únicamente sustentar su imputación en mérito a un Informe de Contraloría; en consecuencia, la decisión adoptada por la Sala Superior se encuentra conforme a ley, habiendo motivado de manera adecuada cada uno de

los cuestionamientos de las partes procesales en mérito a lo actuado durante el proceso; por lo que debe mantenerse vigente la misma.

3.3. RESPECTO DEL DELITO DE USURPACIÓN DE FUNCIONES:

3.3.1. Que, el delito de usurpación de funciones se encuentra comprendido en el rubro genérico de los delitos contra la Administración Pública, con el mismo se protege el buen funcionamiento de dicha actividad del Estado. La función pública, como se apunta en la doctrina nacional es el elemento normativo típico que constituye el contenido u objeto de los actos ejecutivos de usurpación de funciones. Para este tipo penal, es primordial que el agente asuma un determinado cargo público y así ejecutar o desarrollar actividades inherentes a dicha investidura pública.

3.3.2. Al analizar el núcleo del disvalor de este injusto penal, se debe determinar cuáles son las conductas que ingresan al ámbito de protección del artículo trescientos sesenta y uno del Código Penal, no cualquier actuación fáctica, de quien se irroga una función pública es la que se quiere punir en este caso, *sino aquellas que manifiestan el ejercicio concreto de la función pública*, puesto en los siguientes términos: *no basta para la realización típica que el agente asuma la función pública como tal, sino que debe ejercitarla u ejecutarla en la esfera de actuaciones administrativas*. Que, para que se configure este tipo penal cabe la presencia de una conducta dolosa; pues la imputación no puede estar sustentada únicamente en la concurrencia de elementos cognitivos; siendo suficiente que el sujeto sea consciente de la valoración social del hecho al momento de ejecutar la acción.

3.3.3. Cabe acotar que dicho extremo únicamente fue recurrido por el representante del Ministerio Público, referido únicamente al supuesto que la encausada Linares Moscoso entregó las bases al Comité Especial de contrataciones invadiendo la competencia con ayuda de César Aldazabal Soto, lo cual estaba fuera de sus funciones como Alcaldesa; sin embargo, dicha imputación no contiene el elemento típico que se requiere para que se configure el delito de usurpación de funciones, ya que de autos se logró acreditar que aquellos actos realizados por la referida encausada se desplegaron como consecuencia del desconocimiento en la realización de contrataciones y adquisiciones del Estado, sumado a que la Municipalidad que dirigía no contaba con el personal idóneo para conformar un Comité de Selección; lo cual no ha constituido en modo alguno que la encausada haya ejercitado o ejecutado actuaciones administrativas; en consecuencia la decisión adoptada por la Sala Superior está conforme a ley, por lo que deberá mantenerse vigente.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticuatro de enero de dos mil trece -fojas tres mil ochocientos cuarenta y uno- que absolvió de la acusación fiscal a Cecilia Elizabeth Linares Moscoso, como autora del delito de usurpación de funciones, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Yarabamba; absolvió de la acusación fiscal a Cecilia Elizabeth Linares Moscoso, Yris Natividad Moncca Gómez, Zoila Ochoa Tapara, Inés Jovita Aguilar Flores, Verónica Elisa Ranilla Oviedo y Oscar Alfonso Rosas Rodríguez, como autores del delito de colusión desleal, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Yarabamba-, Absolvió de la acusación fiscal a Cecilia Elizabeth Linares Moscoso, Yris Natividad Moncca Gómez y Wilfredo Ulises Escalante Vargas, como

autores del delito de peculado, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Yarabamba-; con lo demás que contiene y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremo Príncipe Trujillo y Morales Parraguez por licencia de los señores Jueces supremo Neyra Flores y Cevallos Vegas.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

MORALES PARRAGUEZ

SE PUBLICO CONFORME A LEY

3 1 OCT 2014

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

PP/rmmv