

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2495-2009
LIMA

Lima, veintidós de setiembre de dos mil diez.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los procesados César Raúl Vidal Cruz, Guillermo Gemán Suárez Estrada y César Adriano Coronado Preciado contra la sentencia de fojas mil quinientos cincuenta y cuatro, de fecha seis de mayo de dos mil nueve; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal;

CONSIDERANDO: **Primero:** Que, el procesado Vidal Cruz, en su recurso fundamentado a fojas mil quinientos ochenta y ocho, cuestiona la decisión del Colegiado Superior de condenarlo como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, alegando que a dicho efecto la prueba actuada es insuficiente; que el Tribunal de Instancia se contradice al sostener la inexistencia de responsabilidad de los integrantes del Comité de Comercialización y Adjudicación, que participaron en el acto del otorgamiento de la buena pro, remitiendo el inicio del ilícito a la elaboración y suscripción del contrato; que el contrato no fue elaborado conforme a las actas del referido comité, pues no existió acuerdo al respecto, sino fue gestado en la Dirección de Asesoría Jurídica, lo que fue indebidamente valorado en la sentencia, pues en ella se afirma que la formulación del citado contrato se efectuó sobre la base de lo decidido por el comité de adjudicaciones; que al visar el referido contrato actuó en cumplimiento de su deber legítimo, pues la Oficina de Administración que dirigía en concordancia con los lineamientos que fija la Alta Dirección, la que se encuentra integrada por la Oficina de Asesoría Jurídica que elaboró el contrato en los términos defraudatorios allí consignados, afirmando que no tenía

61

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2495-2009
LIMA

facultades para cuestionar dichos términos; que, contrariamente a lo indicado en la impugnada, sí cuestionó verbalmente los términos de la cláusula cuarta del contrato, y no otras, sin embargo, la no modificación de la misma da cuenta de su falta de poder de cuestionamiento; que solo procedió a ejecutar el contrato en sus propios términos, el que venía suscrito por el representante del Pronaa y el representante de la empresa PROMULTI; que del Estado de Cuenta Corriente del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA) se desprende que el cheque que sirvió como pago por la compra del arroz corriente mejorado se hizo efectivo recién con fecha dieciocho de enero de mil novecientos noventa y tres, esto es, posterior a la fecha de suscripción del contrato, y no como anota el Colegiado Superior que el cheque habría servido para adquirir la carta fianza, respecto de lo cual no se aprecia medio probatorio idóneo; que la sentencia emitida se contradice con una resolución anterior por la que se confirmó el auto de no haber lugar a la apertura de instrucción contra la Jefa de Asesoría Jurídica Norma Nancy Vásquez Hilares y Eduardo Sal y Rosas Freyre, bajo el argumento de la flexibilización del marco legal sostenido en el Decreto Legislativo número cero cincuenta y siete – noventa y dos – PCM, que para la solución de su situación jurídica no acoge; que en suma, no existe prueba directa que acredite el acuerdo colusorio atribuido, sino únicamente indicios contradictorios. Por su parte el procesado Suárez Estrada, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil seiscientos dos, alega que no configura el delito de colusión los actos unilaterales o las tratativas previas a la decisión administrativa, por lo que las conversaciones previas al acto de la buena pro no pueden sustentar su condena; que la ilegalidad del acuerdo colusorio no se puede motivar en que el patrimonio de la empresa beneficiada era

67,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2495-2009
LIMA

mínimo, pues no existe norma alguna que lo exija; que no efectuó ningún tipo de aportación al hecho ilícito para considerarlo como cómplice del mismo; que la concertación no se encuentra acreditada, pues ningún testigo le atribuye haber efectuado conversaciones subrepticias con algún funcionario del PRONAA, sino que su elección obedeció a los mejores precios que ofrecía; y que no ingresó a dicho proceso de licitación de buena fe, sin conocer de que no se realizaría la entrega. En el mismo sentido, el procesado César Adriano Coronado Preciado, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil seiscientos siete, sostiene que el Colegiado Superior no tomó en cuenta su negativa de haberse concertado con los funcionarios, siendo insuficiente la prueba indiciaria recabada para enervar ello; que al no haber cometido delito alguno, no corresponde se le obligue al pago de la reparación civil fijada. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal obrante a fojas mil trescientos dieciséis, se incrimina al procesado Cesar Raúl Vidal Cruz, que, en su condición de Director General de la Oficina de Administración del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria -en adelante PRONAA- y miembro del Comité de Comercialización para la Monetización de Alimentos Donados y Compra de Alimentos Locales, haber concertado ilegalmente para defraudar al Estado con los procesados Guillermo Germán Suárez Estrada y Cesar Adriano Coronado Preciado, Gerente General y Presidente del Directorio de la Empresa "Compañía de Procesos Múltiples Sociedad Anónima". -en adelante PROMULTI- respectivamente, en la Licitación Pública número cero cero dos- noventa y dos -PRONAA-VMDS-MP, en la que a dicha empresa se le otorgó la *buena pro* para la adquisición de diecisiete mil quinientos cuarenta y tres sacos de cincuenta kilos de arroz mejorado, por la suma de setecientos diecisiete mil nuevos soles; para ello, el

64

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2495-2009
LIMA

procesado Vidal Cruz incumplió con las bases administrativas de la referida licitación, sobre la forma de pago contra entrega, así como respecto a la garantía por el monto total; pues, no objetó lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato celebrado, en el que indebidamente se consigno el pago adelantado que debería de efectuar el PRONAA a PROMULTI por el valor del cien por ciento de la compra, y la entrega al PRONAA por la proveedora PROMULTI de una carta fianza bancaria por el cincuenta por ciento del monto de la compra, y una letra de cambio por el monto de trescientos cincuenta y ocho mil nuevos soles; tras lo cual la citada empresa no cumplió con entregar los bienes adquiridos, ejecutándose únicamente la carta fianza, sin poder recuperar lo garantizado a través de la letra de cambio. De lo que se colige la concertación con los particulares representantes de la empresa beneficiada, Coronado Preciado y Suárez Estrada. Hechos perpetrados datan entre los meses de diciembre de mil novecientos noventa y dos y enero de mil novecientos noventa y tres. **Tercero:** Que, el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, u otra cualquier operación semejante, en la que intervenga por razón de su cargo, defrauda al Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. Este delito tiene como objeto genérico de tutela penal, el normal funcionamiento de la administración pública, entendido como su regular desenvolvimiento en términos de orden y legalidad, asociado necesariamente a su prestigio e intereses; y como objeto específico de protección, el ámbito patrimonial público administrado. Se trata de un tipo especial propio que requiere del sujeto activo una doble calificación: a) la condición de

funcionario o servidor público; y b) que intervenga con facultades específicas de decisión en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, sea por razón de su cargo o comisión especial. En cuanto al comportamiento criminalizado, tenemos que su núcleo típico incorpora dos elementos necesarios: I) La concertación con los interesados (particulares), que implica ponerse de acuerdo con los interesados de modo subrepticio y confabulatorio, contrariamente a lo permitido por la ley; situación en la cual el agente contraviene la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que deben regir su actuación administrativa. Quede claro que al exigir la concertación una conjunción de voluntades entre el agente y el interesado, estamos frente a un delito de encuentro o de participación necesaria, que requiere dolo directo en la actuación de su autor; y II) La defraudación al Estado o ente público concreto, como consecuencia de la concertación, dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, implica la existencia de un potencial perjuicio que incida en la economía pública generando una erogación presupuestal. Por lo que se requiere que los acuerdos colusorios sean idóneos para perjudicar el patrimonio del Estado, comprometiendo indebida y lesivamente los recursos públicos.

Cuarto: Al respecto es de anotar que constituye un argumento recurrente en los procesados la mención a la inexistencia de prueba respecto de la propia concertación con el particular, ya sea por reuniones o acercamientos de carácter ilícito, afirmando que solo se han acreditado infracciones de carácter administrativo o meras irregularidades. En cuanto a esto, corresponde aclarar que si bien es cierto tales infracciones administrativas no necesariamente tienen

-66/

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2495-2009

LIMA

correspondencia simétrica en una norma de carácter penal, sin embargo éstas tienen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, como por ejemplo las colusorias, en atención al número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro, y de corresponder también a través de conductas posteriores. En tal virtud, no son admisibles los agravios que estén dirigidos a exigir la presencia de elementos probatorios directos al acto de concertación, pues éste se advierte inferido por el Tribunal Superior de los plurales indicios considerados probados sustentados en las diferentes infracciones administrativas, por lo que solo es objeto de examen la prueba respecto a éstas y su capacidad indicativa del hecho típico imputado. **Quinto:** Que, en efecto por la naturaleza esencialmente subrepticia y de difícil probanza del delito de Colusión, se estima que la cuestión probatoria no puede abordarse a través de la prueba directa, sino a través de la prueba por indicios. Al respecto, el precedente vinculante de la Ejecutoria Suprema Numero mil novecientos doce guión dos mil cinco, aprobado en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales y Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, de fecha trece de octubre del dos mil cinco, establece las siguientes condiciones para validar la prueba indiciaria: **A)** El objeto de la prueba no es el hecho constitutivo del delito, sino otro intermedio que permite llegar al primero mediante un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar; **B)** El indicio debe estar plenamente probado, por los diversos medios que autoriza la ley; **C)** Los indicios deben ser plurales o excepcionalmente únicos pero de singular fuerza acreditativa. **Sexto:** Que, los indicios que se desprenden de la prueba actuada son los

64

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 2495-2009
LIMA

siguientes: **a)** El acusado Cesar Raúl Vidal Cruz, cumplía una doble función, desempeñándose como Director General de la Oficina de administración del PRONAA y Miembro de Comité de Comercialización para la Monetización de Alimentos donados y compra de alimentos locales, en el pliego Programa Nacional de Asistencia Alimentaria-PRONAA; en virtud de lo cual conoció objetivamente la forma en que se pactó la buena pro, las bases administrativas y las normatividad vigente al respecto; **b)** Sobre la base de dicho conocimiento, visó el contrato avalando las condiciones desfavorables al Estado consignadas en la cláusula cuarta -que resultaban manifiestamente contrarias a las bases del administrativas concurso en el que participó-, en la que se consignó que: "(...) El vendedor hará entrega al PRONAA una carta fianza irrevocable, incondicional y de realización automática equivalente al cincuenta por ciento del valor total de la compra y de una letra de cambio debidamente avalada equivalente al cincuenta por ciento restante, de parte de la institución, un cheque equivalente al cien por ciento del monto total de la compra, se da esta facilidad dada que el vendedor ha ofertado el producto a un precio menor al precio actual del mercado en una diferencia de cuatro dólares por saco. (...)"; con su conducta admitió términos contractuales no solo diferentes a los establecidos en las bases del concurso, sino claramente lesivos a los intereses estatales. Nótese pues el procesado Vidal Cruz visando el contrato en mención y ejecutándolo en sus estrictos términos, permitió al proveedor cobrar la totalidad del valor del contrato, sin que a cambio efectúe la entrega de los bienes adquiridos; lo cual de inicio generó un considerable riesgo para la institución, no tiene precedentes que sea el Estado el que primero ejecute su obligación, para luego exigir al particular haga lo propio, las normas de la Administración

- 60

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2495-2009

LIMA

Pública no admiten pues tal proceder; y, con mayor perjuicio al Estado, se le concedió la posibilidad de garantizar la mitad del dinero entregado ascendente a trescientos cincuenta y ocho mil nuevos soles, a través de una letra de cambio, no obstante que la naturaleza de este documento no constituye una garantía, sino una promesa de pago, por tanto ineficaz para garantizar el patrimonio del Estado. c) Que, aunado a ello, se debe tener en cuenta que el acusado César Raúl Vidal Cruz era un profesional en ciencias económicas, el cual tenía la responsabilidad de cautelar los intereses de la Institución, verificando que la documentación se ajustara a las normas vigentes, por lo que, más allá de la argumentación que señala que se le indicó que el contrato era válido, no resulta razonable que una persona que domina el manejo de instrumentos financieros y garantías comerciales, en su condición de economista, arriesgue los intereses del Estado al no exigir una garantía de ejecución inmediata sobre el total del monto entregado, sino, por el contrario, utilizó un documento que contenía una promesa de pago, que desde su consignación en un contrato estatal, se vislumbraba la intención defraudatoria al Estado. d) Las cláusulas sumamente beneficiosas para la empresa PROMULTI, con el evidente riesgo para el patrimonio del Estado no pudieron ser gestadas sin la aquiescencia y participación del procesado Vidal Cruz, pues como Director General de la Oficina de Administración constituía un cabo insoslayable en el circuito burocrático para hacer efectivas las cláusulas defraudatorias, y como tal, no solo podía mostrar su desacuerdo, sino impedir la concreción del ilícito —claro está, si acogemos su tesis de que la concertación se había gestado en otras instancias del PRONAA—. e) Que, con posterioridad, sucedió que la empresa PROMULTI incumplió con los plazos establecidos en el cronograma de entrega de producto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2495-2009

LIMA

(arroz) en la ciudad de Chiclayo -véase fojas treinta y ocho-, por lo que se procedió a la ejecución de las garantías otorgadas, recuperándose únicamente la suma de trescientos cincuenta y ocho mil nuevos soles correspondientes al monto de la Carta Fianza emitida, mas no así el monto garantizado con la letra de cambio, pues una vez efectuada el protesto de la misma, en el proceso para su cobro coactivo, se detectó que la referida empresa demandada carecía de bienes susceptibles de embargo, por lo que por Resolución Ministerial número doscientos sesenta y siete- noventa y tres- PRES determinó como inejecutable e ilusoria la acción civil, tal como se aprecia del informe número cero cero ocho- dos mil uno -PROMUDEH/PP-EER de fojas sesenta y uno a sesenta y dos; lo cual de inicio era bastante previsible. En suma, la entidad no recibió ni siquiera parcialmente el producto objeto de adquisición, lo que demuestra la clara intención de los proveedores de no cumplir con su obligación contractual, y con las condiciones favorables que se le brindó a través del contrato avalado por el procesado Vidal Cruz, evidencian una acordada forma de defraudar al Estado, entre los funcionarios implicados y los representantes de la empresa beneficiada; en efecto, esta suma de indicios plurales, concurrentes y convergentes de singular trascendencia solo permiten confirmar la tesis imputativa.

Sétimo: Que, la acreditada conducta del procesado Vidal Cruz no pierde consistencia probatoria frente a la aludida incapacidad jurídica de modificar los términos del contrato y sus protestas ante lo consignado en la cláusula cuarta del mismo, pues no resiste lógica alguna que ante la inminente posibilidad de perjudicar al Estado con una pérdida pecuniaria de alta significación -más de trescientos mil nuevos soles-, haya aceptado resignadamente el rechazo de sus reclamos a directivos de mayor rango, máxime si se requería de su visto en el contrato y conocía

20/

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2495-2009
LIMA

los términos de las bases administrativas que rigieron el proceso de contratación –pago a contra entrega o garantía de la totalidad del pago–; igual de inválido resulta excusar su proceder en situaciones de emergencias, porque es precisamente en esas circunstancias en que mayores garantías deben exigirse dada la delicada situación en que se colocarían los intereses del Estado en caso de incumplimientos y defraudaciones; **Octavo:** Que, en cuanto a si los términos contractuales perjudiciales al Estado provinieron de algún acuerdo del comité, el Tribunal Superior fue sumamente claro en establecer que más allá del origen en la elaboración del contrato, sus términos al ser puestos en conocimiento del encausado en su calidad de Director General del PRONAA, y no formular las observaciones correspondiente, máxime si había integrado el Comité de Adquisiciones que seleccionó a la empresa proveedora; el estado de la prueba incriminatorias no se perjudica, ni varía a su favor, de determinarse que el contrato fue elaborado en la Dirección de Asesoría Jurídica, pues sobre dicha base es que se construye la valoración de la trascendencia del indicador de visar y ejecutar un contrato sobre esos términos. **Noveno:** Que, de todo lo expuesto, se puede concluir que los indicios descritos se encuentran individualmente acreditados y por su pluralidad, concurrencia y convergencia, pero especialmente por su fuerza indicativa, permiten inferir con certeza el perjuicio ocasionado obedece a un acuerdo ilícito de, por lo menos, el procesado Vidal Cruz con sus co imputados Coronado Preciado y Suárez Estrada; en tal virtud, pierde trascendencia las afirmaciones respecto a la fecha de la firma del contrato, el cobro del cheque, y la entrega de la carta fianza, que no son considerados indicadores incriminatorias en la presente evaluación. En consecuencia, corresponde rechazar la pretensión impugnatoria de los recurrentes y

41

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2495-2009
LIMA

confirmar la decisión del Colegiado Superior. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil quinientos cincuenta y cuatro, de fecha seis de mayo de dos mil nueve, que condenó a César Raúl Vidal, como autor, Guillermo Germán Suárez Estrada y César Adriano Coronado Preciado, como cómplices primarios, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, imponiéndoles a los dos primeros cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años y al último tres años de pena privativa de libertad, sus pendiente en su ejecución por el término de dos años, bajo determinadas reglas de conducta; inhabilitación por el término de tres años, conforme al inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal, con lo demás que al respecto contiene y es objeto de recurso; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Calderón Castillo por impedimento del señor Juez Supremo Barandiarán Dempwolf.-

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

BA/ccm

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL

EXPEDIENTE N° 15-2006

Corte Superior de Justicia de Lima

C.S. N° 2495-2009

DICTAMEN N° 138/-2010-MP-FN-1°FSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Viene a esta Fiscalía Suprema, el presente proceso, en mérito a los Recursos de Nulidad interpuestos por los procesados contra la sentencia de vista de fs. 1554/1578, su fecha 06 de mayo de 2009, que falló: **CONDENANDO a CÉSAR RAÚL VIDAL CRUZ** como autor, y a **CÉSAR ADRIANO CORONADO PRECIADO y GUILLERMO GERMÁN SUÁREZ ESTRADA** como cómplices primarios del Delito contra la Administración Pública –**COLUSIÓN DESLEAL**– en agravio del Estado; imponiéndole a César Raúl Vidal Cruz y a César Adriano Coronado Preciado **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** suspendida por el término de DOS AÑOS, y a Guillermo Germán Suárez Estrada **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** suspendida por el período de DOS AÑOS; y, fija en **CUARENTA Y CINCO MIL NUEVOS SOLES** el monto de reparación civil que los sentenciados solidariamente deberán abonar a favor del Estado, sin perjuicio de devolver lo irregularmente percibido.

I. RECURSOS IMPUGNATORIOS:

Los procesados César Raúl Vidal Cruz, Guillermo Germán Suárez Estrada y César Adriano Coronado Preciado, fundamentan sus recursos a fs. 1588/1601, 1602/1606 y 1607/1613 respectivamente, sosteniendo que el Colegiado no ha efectuado una debida

57

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL

apreciación de los hechos incriminados, ni ha compulsado adecuadamente las pruebas actuadas, las mismas que no producen certeza sobre su responsabilidad penal, por el contrario determinan que no se ha producido la comisión del delito imputado. Por estas razones, solicitan ser absueltos de la acusación fiscal.

II. HECHOS IMPUTADOS:

Se le incrimina al procesado CÉSAR RAÚL VIDAL CRUZ, ex Director General de la Oficina de Administración del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA) y miembro del Comité de Comercialización para la Monetización de Alimentos Donados y Compra de Alimentos Locales, haber concertado ilegalmente para defraudar al Estado con los procesados GUILLERMO GERMÁN SUÁREZ ESTRADA y CÉSAR ADRIANO CORONADO PRECIADO, Gerente General y Presidente del Directorio de la Empresa "Compañía de Procesos Múltiples S.A." (PROMULTI) respectivamente, en la Licitación Pública N° 002-92-PRONAA-VMDS-MP, en la que a dicha empresa se le otorgó la buena pro para la adquisición de 17,543 sacos de 50 kg., de arroz mejorado, por la suma de 717,000.00 nuevos soles; para ello, el procesado VIDAL CRUZ incumplió con las bases administrativas de la referida licitación, sobre la forma de pago contra entrega, así como la forma de fianza por el monto total; pues, no objetó lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato celebrado, en el que indebidamente se consignó el pago adelantado que debería efectuar el PRONAA a PROMULTI por el valor el 100% de la compra, y la entrega al PRONAA por la proveedora PROMULTI de una carta fianza bancaria por el 50% del monto de la compra, y una letra de cambio por el monto restante.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Por su parte, el procesado CORONADO PRECIADO aprovechó las relaciones amicales existentes con los miembros del Comité Especial de Selección para obtener la buena pro y las facilidades respecto a la garantía que debían prestar para el cumplimiento de la obligación, mientras que, el procesado SUÁREZ ESTRADA, se encargó de presentar toda la documentación necesaria para ser considerado postor, habiendo sido la persona que suscribió el referido contrato con el cual se defraudó al Estado. Hechos perpetrados en el mes de enero de 1993.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

III. ANÁLISIS FÁCTICO y JURÍDICO.-

1. El delito de Colusión Ilegal regulado en el Artículo 384° del Código Penal, se configura cuando el funcionario o servidor público, por razón de su cargo o por comisión especial, concierta ilícitamente con los interesados —particulares, sean personas naturales o jurídicas— la defraudación al Estado a través de convenios, ajustes, liquidaciones o suministros que se desprendan de los negocios en los que intervengan, se traten de contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquiera otra operación semejante, como enumera la norma.

2. Al respecto, la doctrina nacional ha señalado que: "(...) La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma **rebasa y contradice los términos del entendimiento normales de toda concertación** que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones, concertaciones para afinar o definir los



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACION
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL

términos del entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento. Lo que no es normal es que *esta concertación sea practicada para engañar y pasar por encima de las expectativas de calidad o idoneidad, precio y oportunidad que satisfagan las pretensiones objetivas y racionales de la administración pública*; es inaceptable para la administración pública y también para el derecho penal que dicha concertación sea confabulatoria, dolosa, ilegal. (...)” ROJAS VARGAS, Fidel, “Delitos contra la Administración Pública”, Cuarta Edición, Grijley. 2007, p. 413.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

3. En el caso de autos, se tiene que en el mes de noviembre de 1992 el PRONAA convocó la Licitación Pública N° 002-92-PRONAA-VMDS-MP para la adquisición de “arroz corriente mejorado”, proceso que estuvo a cargo del Comité de Comercialización para la Monetización de Alimentos Donados y compra de Alimentos Locales, integrada por el fallecido Óscar Cabello Villa (Presidente), el procesado César Raúl Vidal Cruz (Vicepresidente), Pedro Pablo Torres Vásquez (Secretario) y Raúl Salazar Virú, conforme obra a fs. 33.

4. La empresa postora PROMULTI S.A. resultó ganadora de la licitación convocada, otorgándosele la buena pro con fecha 15 de enero de 1993, suscribiéndose el contrato de compra venta de fs. 36/37, entre el Jefe del PRONAA, Eduardo Sal y Rosas Freyre y el procesado Guillermo Germán Suárez Estrada como representante de la referida empresa, acordándose en su Cláusula Cuarta que: “(...) El Vendedor hará entrega al PRONAA una carta fianza irrevocable, incondicional y de realización automática equivalente al 50% del valor total de la compra y de una letra de cambio debidamente



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL

avalada equivalente al 50% restante, contra lo cual recibirá, de la Institución, un cheque equivalente al 100% del monto total de la compra, se da esta facilidad dado que el vendedor ha ofertado el producto a un precio menor al precio actual del mercado en una diferencia del \$ 4.0 por saco. (...)". Dicho contrato fue visado por los entonces funcionarios Óscar Cabello Vila como Presidente del indicado Comité, Norma Nancy Vásquez Hilaes como Directora de la Oficina de Asesoría Jurídica y el procesado César Raúl Vidal Cruz como Director General de Administración.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

5. Con posterioridad, sucedió que la empresa PROMULTI incumplió con los plazos establecidos en el cronograma de entrega del producto (arroz) en la ciudad de Chiclayo (véase fs. 38), por lo que se procedió a la ejecución de las garantías otorgadas, recuperándose únicamente la suma de S/. 358,000.00 nuevos soles correspondiente al monto de la Carta Fianza emitida, mas no así el monto garantizado con la letra de cambio, pues una vez efectuado el protesto de la misma, en el proceso para su cobro coactivo, se detectó que la referida empresa demandada carecía de bienes susceptibles de embargo, por lo que mediante Resolución Ministerial N° 267-93-PRES se determinó como inejecutable e ilusoria la acción civil, tal como se aprecia del Informe N° -008-2001-PROMUDEH/PP-EER de fs. 61/62.

6. Así tenemos, que la hipótesis inculpatoria contra los procesados ha sido reafirmada. En efecto, el Informe Especial N° 009-2003-2-4411 elaborado por la Oficina de Auditoría Interna del PRONAA (fs. 09/28), concluyó que en el contrato suscrito a fs. 36/37 se pactó indebidamente: a) un adelanto del 100% del precio, no obstante que en las bases de la licitación pública se establecía



**MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACION
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL**

como forma de pago contra entrega; y, b) que el proveedor entregase como garantía una carta fianza por la suma de S/. 358,000.00 y una letra de cambio por similar monto cuando el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No personales (RUA) establecía que la garantía debía ser mediante una Carta Fianza o Cheque de Gerencia por un monto equivalente al total adelantado más un 20% del saldo de lo adjudicado. Asimismo, dicho Informe también concluyó que la referida concertación ocasionó un perjuicio producto de la inejecución de la garantía cambiaria correspondiente al 50% del monto entregado por el PRONAA a PROMULTI debido al incumplimiento de las prestaciones de dar a las que ésta se obligó al suscribir el contrato, y a la imposibilidad de ejercer la acción civil por los daños y perjuicios ocasionados por prescripción de la misma (transcurrido más de diez años). Tales conclusiones fueron ratificadas por los peritos contables en el Dictamen Pericial de fs. 1072/1083, en el que determinaron un perjuicio ocasionado al Estado ascendente a S/. 17'182,045.54 nuevos soles.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

7. De lo antes señalado, se tiene que el Estado resultó defraudado por haberse pactado acuerdos contrarios a las bases administrativas prefijadas en la ley y en el Reglamento Único de Adquisiciones, acuerdos que facilitaron el incumplimiento contractual de la parte beneficiada; es decir, que la concertación practicada por los procesados ha sido engañosa, que los funcionarios procesados desde un inicio tenían pleno conocimiento que existía el ánimo de incumplir con lo pactado por parte de la parte beneficiada.

8. En efecto, de la actividad probatoria se advierte que la cláusula cuarta del contrato de compra venta de fs. 36/37, respecto a la forma de pago y garantía, fue producto de las concertaciones indebidas a las que arribaron los miembros



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL

del Comité de Adquisiciones con los representantes de la Empresa PROMULTI, con la finalidad de que éstos se les otorgara facilidades para el supuesto cumplimiento de la buena pro que obtuvieron, so pretexto de haber sido el postor que había ofertado el producto a un precio mucho menor al del mercado, como textualmente se consignó en la citada cláusula, así como, por haberse declarado en emergencia a varias provincias ubicadas en la Región de la Sierra y a la atención de alimentos a la que se debía el PRONAA¹ que permitiría flexibilizar el trámite y el procedimiento de la contratación estatal, sin embargo, lo pactado debió ceñirse a lo regulado en las Bases Administrativas de la Licitación Pública convocada (fs. 41/48)² así como en el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No personales (RUA), aprobado por Decreto Supremo N° 065-85-PCM, vigente al momento de los hechos³.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

¹ Refiere haberse aplicado el Decreto Supremo N° 057-92-PCM.

² Establecieron que la forma de pago era *contra entrega*, y como garantía el postor ganador debía entregar *un cheque de gerencia o carta fianza bancaria con vigencia de 30 días, de carácter irrevocable, incondicional de realización automática, a nombre del PRONAA, por un 5% del valor de la oferta.*

³ "(...) Artículo 1.5.4.- Las Bases Administrativas son de aplicación obligatoria por el organismo público, por los postores intervinientes y para elaborar el contrato definitivo. (...)

Artículo 5.1.3.- El órgano de Abastecimiento coordinará con asesoría legal o el que haga sus veces, la formulación definitiva del contrato que debe ceñirse a las bases administrativas y especificaciones técnicas. (...)

Artículo 5.1.4.- A la suscripción del Contrato el proveedor beneficiado entregará al organismo del sector público, carta fianza irrevocable, incondicional y de realización automática, con plazo de vencimiento por 30 días después de concluido el contrato, a favor del organismo o cheque de gerencia por un monto equivalente al:

a) 20% del total adjudicado o del monto equivalente a la entrega o prestación escalonada, si no hubiere adelanto, o

b) El monto total del adelanto más un 20% del saldo de lo adjudicado. (...)"

PRIMERA
COPIA

01 MAR. 2011



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL

9. Así las cosas, la flexibilidad otorgada a la empresa PROMULTI S.A., producto de una concertación confabulatoria o indebida, fue contraria a las normas específicas citadas, ocasionando un perjuicio económico al Estado, al no poder hacer efectivo el cobro de la garantía cambiara que PROMULTI ofreció, cuando desde un inicio éste incumpliría con lo pactado en el contrato; así consta de las declaraciones del acusado Coronado Preciado, lo mismo de Suárez Estrada y del testigo Armando Jesús Echevarría Bazán (fs. 1387/1395, 1421/1443 y 788/793 respectivamente), quienes señalaron que Coronado Preciado tras haber hecho envíos de dinero a Echeverría Bazán para que adquiriera el arroz en la región de la Selva, decidió incumplir voluntariamente con el cronograma de entrega de dicho producto en la ciudad de Chiclayo, debido a que su precio creció inmoderadamente, no resultándole ya rentable el precio ofertado y pactado con el PRONAA, por lo decidió venderlo a terceros.

10. En consecuencia, habiendo sido acreditada la comisión del delito así como la responsabilidad penal de los procesados; la sentencia impugnada resulta conforme a derecho.

IV. OPINIÓN FISCAL:

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema Penal, es de **OPINIÓN:** que la Sala de su Presidencia, declare: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida.

Lima, 09 de julio de 2010.

JAPB/TAGV/kra.



JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal