

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-1-

Lima, dieciocho de agosto de dos mil diez,-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de fojas tres mil setecientos ochenta y tres, del treinta y uno de marzo de dos mil nueve, por: i) Los encausados John Harold Duque Duque y María Viviana Balarezo Díaz en el extremo que los condenó como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública - concusión - colusión ilegal a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por un año, así como fijó en cien mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberán pagar de manera solidaria conjuntamente con sus co sentenciados a favor del Estado; y ii) Los encausados Eli Hernández Tuesta y Eduardo Alcides Miranda Medrano respecto del extremo que fijó la cantidad por concepto resarcitorio que deberán pagar a favor de la agraviada; con lo expuesto por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, los encausados John Harold Duque Duque y María Viviana Balarezo Díaz en su recurso formalizado de fojas tres mil ochocientos treinta y cuatro alegan que no se valoraron adecuadamente las pruebas y que la impugnada padece de incongruencia en su motivación porque inicialmente concluyó que objetivamente no existía prueba de cargo idónea que permita establecer la responsabilidad penal que se les atribuye, para luego indicar que existen pruebas circunstanciales que revelan indicios y presunciones de la comisión del delito, debido a que entre la Empresa que representaban -Balarezo & Balarezo E. R. L.- y los encausados funcionarios del Ministerio de Transportes existía confianza debido a que en una anterior obra de ejecución del tramo "San Pedro Lloc - Chocofán - Mazanca" los abastecieron de combustible; que no existe sindicación o referencia de sus coencausados o testigos respecto de que concertaron o que recibieron alguna clase de estímulo para

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-2-

favorecerlos ilícitamente en la aludida licitación y de esa forma defraudar al Estado; que sus co encausados Hernández Tuesta y Miranda Medrano se acogieron a la conclusión anticipada de los debates orales y reconocieron los hechos imputados por razones personales de salud y falta de tiempo para comparecer al proceso y no porque los hayan realizado; que es errada la apreciación respecto de que fueron favorecidos en la licitación pública para el abastecimiento de ciento veintisiete mil galones de combustible diesel pues ellos obtuvieron la buena pro de la indicada licitación porque de manera integral ofrecieron la mejor propuesta tanto técnica como económica, a diferencia de la Empresa Petroperú que solo presentó la mejor propuesta económica y, asimismo, cumplieron con el objeto del contrato, esto es, abastecer oportunamente de combustible; que los pagos adelantados efectuados en diciembre de dos mil dos obedecieron a razones técnicas que fueron explicadas por el testigo Víctor Sánchez Llatas, **Segundo:** Que, el encausado Eduardo Alcides Miranda Medrano en su recurso formalizado de fojas tres mil ochocientos setenta y dos sostiene que el monto fijado por concepto de reparación civil es desproporcionado; que no se tuvo en cuenta la cantidad solicitada por el Fiscal Superior en su acusación escrita, lo requerido por la parte civil, ni el acogimiento a la conclusión anticipada de los debates orales, que obedeció no a una sumisión de responsabilidad sino esencialmente al estado delicado de salud que padecía; que los dictámenes periciales concluyeron en la inexistencia de daño a la agraviada, y que en el supuesto negado el perjuicio debe ser la diferencia entre el precio del combustible que se compró y el ofertado por la Empresa Petroperú, esto es, sesenta y dos mil setecientos nuevos soles con cuarenta céntimos; que, por su parte, el encausado Eli Hernández Tuesta en su recurso formalizado de fojas tres mil ochocientos setenta y siete afirma que la cantidad estimada por concepto resarcitorio no respeta lo acreditado pues en la indicada obra sólo laboró hasta noviembre de dos mil dos; que no participó ni tuvo injerencia en el pago que se efectuó a la Empresa de sus co encausados, que la obra concluyó satisfactoriamente sin atraso ni perjuicio en la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-3-

ejecución. **Tercero:** Que, según la acusación fiscal de fojas tres mil doscientos cincuenta y seis, El Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental - PROVIAS DEPARTAMENTAL estuvo a cargo de la Ejecución de la obra "Mejoramiento y Construcción de la Carretera Paiján - Puerto Malabrigo", para lo cual surgió la necesidad del abastecimiento de petróleo Diesel dos por la cantidad de ciento veintisiete mil novecientos sesenta galones; que se convocó la Licitación pública número cero cero dos - dos mil dos - MTC/veintidós, y se nombró a los encausados Ehi Hernández Tuesta -en la condición de residente de obra- y Eduardo Alcides Miranda Medrano -en la calidad de asistente administrativo-, encargados de la ejecución de la mencionada obra, quienes a su vez eran miembros del Comité Especial para llevar a cabo la realización de la indicada licitación; que en diciembre de dos mil dos, durante el proceso de licitación realizado para ese efecto, se incurrió en irregularidades para favorecer a la Empresa Balarezo & Balarezo Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada -en adelante Balarezo & Balarezo Asociados S.R.L.- representada por los encausados Jhon Harold Duque Duque -en su condición de Administrador- y María Viviano Balarezo Balarezo -en la calidad de Gerente General- con el otorgamiento de la buena pro; que estas acciones están referidas a hechos concretos, tales como: a) se aplicó de factores de evaluación referidos a "Ofrecimiento de mejores facilidades de pago" y "Disponibilidad de Stock" que otorgaron el puntaje máximo en la evaluación técnica a la Empresa Balarezo & Balarezo Asociados SRL, con lo cual llegó a superar en calificación a las demás empresas postulantes obteniendo la buena pro; b) se benefició a la indicada Empresa porque de acuerdo al cuadro de propuestas de las empresas postoras, esta Última ofrecía un mayor precio por galón de combustible que el ofertado por la Empresa Petróleos del Perú -en adelante Petroperú-, cuya diferencia era de cero punto cuarenta y nueve céntimos, lo que originó un mayor desembolso por parte de la entidad convocante; c) se favoreció a la citada empresa en el otorgamiento de la buena pro con la finalidad de regularizar una adquisición efectuada anteriormente,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-4-

pues la empresa ganadora estaba abasteciendo de petróleo diesel dos a la obra desde hace dos meses antes de que se realice la licitación; d) los encausados favorecieron a la indicada empresa en la obtención de la buena pro porque con anterioridad habían adquirido combustible en calidad de crédito de la cuestionada empresa, lo que buscaron regularizar sin considerar que el precio por cada galón de petróleo propuesto por la empresa ganadora era mayor que la ofrecida por Petroper0, defraudando de esa manera al Estado. **Cuarto:** Que, en este contexto, sólo se emitirá pronunciamiento en el estricto ámbito de las pretensiones impugnatorias de la recurrida conforme lo contempla el numeral uno y cuatro del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales modificado por el artículo uno del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, esto es, primero se efectuará el análisis de la situación jurídica de los encausados John Harold Duque Duque y María Viviana Balarezo Díaz y luego se hará lo propio respecto de la cantidad que por concepto de reparación civil se fijó a los sentenciados Eduardo Alcides Miranda Medrano y Eli Hernández Tuesta, **Quinto:** Que, en este sentido, los argumentos de descargo esgrimidos por los encausados Duque Duque y Balarezo Díaz en sede recursal son reiterativos de aquéllos que han venido sosteniendo en el proceso y que fueron debidamente apreciados y desarrollados por los fundamentos jurídicos de la recurrida, sin que para impugnarlos hayan sido debidamente replicados; que la materialidad del delito imputado - colusión -fraude a la administración pública- quedó demostrado con las siguientes pruebas: i) El Informe Especial sobre indicios de colusión en el proceso de selección para suministro de petróleo a la obra "Mejoramiento y construcción de la carretera Paiján - Puerto Malabrigo" número cero cero dos - dos mil cinco - dos - cinco mil doscientos noventa y ocho, de fojas dieciséis a treinta y siete, que concluyó que el factor de evaluación vinculado a los mayores plazos en las facilidades de pago establecido en las bases de la licitación pública número cero cero dos - dos mil dos - MTC/veintidós para el abastecimiento de petróleo Diesel dos favoreció a la Empresa Balarezo & Balarezo Asociados S.R.L.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-5-

que era representada por los encausados Duque Duque y Balarezo Díaz, lo que origina Ordidas por sesenta y dos mil setecientos nuevos soles con cuarenta céntimos; ii) El Dictamen Pericial número cincuenta y siete - dos mil seis - DIRCOCOR - PNP/DIVAMP-DICF, de fojas dos mil sesenta y seis a dos mil ochenta y uno, que determine que los encausados Eli Hernández Tuesta y Eduardo Miranda Medrano -funcionarios públicos- al considerar diez puntos al postor que ofrecía mejores facilidades de pago -de uno a ciento cincuenta alas como factor determinante para el abastecimiento de petróleo en la indicada licitación pública contravinieron los alcances del artículo veinticuatro del Decreto Supremo número cero doce - dos mil uno - PCM y el artículo cuarenta, inciso uno, del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; que, asimismo, concluya que desde el quince de octubre de dos mil dos a solicitud del encausado Eli Hernández Tuesta -residente de la indicada obra- la Empresa Balarezo & Balarezo Asociados abastecía de combustible al indicado proyecto de obra civil y, finalmente, determine que cero punto cuarenta y nueve céntimos fue la diferencia existente entre la propuesta económica que presenta la Empresa Balarezo & Balarezo Asociados y Petroperú lo que origina un perjuicio económico al Estado pues la obra contaba con liquidez para asumir sus obligaciones; que estas pruebas periciales gozan de una presunción *juris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia, pues no fueron cuestionadas en su aspecto fáctico -falsedad- ni en el contenido técnico -inexactitud- y tampoco se aportaron pruebas o datos relevantes y no conocidos con entidad suficiente para restarle mérito al elemento probatorio antes evaluado, lo que es conteste con el criterio adoptado en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil siete/CJ - ciento dieciséis; **Sexto:** Que, de las indicadas pruebas se revela que en el desempeño de la actividad funcional en la ejecución de la obra "Mejoramiento y construcción de la carretera Paiján - Puerto Malabrigo", especialmente en la licitación pública para adquirir combustible, se produjo un fraude a la Administración Pública debido a que se benefició intereses privados, pues si bien la Empresa Balarezo &

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-6-

Balarezo Asociados S.R.L. ofreció mejores facilidades de pago, esto es, de uno a ciento cincuenta días después de que presente la factura respectiva, la calificación cuantitativa de ese factor que le dio una apariencia de legalidad contravino los parámetros de esa clase de evaluaciones en el proceso de "licitación" reglado por el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, puesto que no fue equitativo y por el contrario fue desproporcionado al considerar ese tipo de plazos para el cumplimiento del pago, máxime si la Administración Pública no la requería pues contaba con el presupuesto necesario para cubrir sus obligaciones dinerarias en un menor plazo -ver autorizaciones de compromiso de fojas cuarenta y siete y setenta y cuatro-; que esa liberalidad en el requerimiento de pago por parte del acreedor no se materializó en el Contrato número trescientos ochenta y cuatro - dos mil tres - MTC/ veintidós, de fojas dos mil sesenta y uno, del once de febrero de dos mil tres, ni en los hechos, pues antes de la suscripción del referido contrato, esto es, el diez de diciembre de dos mil dos y nueve de enero de dos mil tres mediante facturas número cero quince mil ciento veinticinco y cero quince mil doscientos cuatro se efectivizaron pagos adelantados por ciento ochenta y dos mil ochocientos noventa y cinco nuevos soles, y doscientos ochenta y siete mil setecientos nuevos soles, respectivamente, lo que sin duda denota la existencia de maniobras de engaño para que la Administración Pública contrate con un postor pese a que ofrecía mayores costos por galón de combustible, conforme se concluyó técnicamente en las indicadas pruebas periciales; que esta conclusión en modo alguno puede ser desvirtuada con la ausencia de un informe pericial contable de la indicada obra, pues en el presente caso, en esencia es de interés jurídico penal establecer la defraudación en la adquisición de combustible que originó un perjuicio al Estado y no respecto a que si hubo algún perjuicio de connotación económica en el proceso constructivo de esa obra civil, como equivocadamente pretenden orientar las pruebas hacia este Último propósito la defensa y la señora Fiscal Adjunta Supremo en lo Penal en su dictamen correspondiente de fojas noventa del cuaderno de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-7-

nulidad. **Séptimo:** Que, la responsabilidad penal de los acusados Duque Duque y Balarezo Díaz en el delito previamente determinado esta probada porque el primero en su calidad de Administrador y la segunda en su condición de Gerente General de la Empresa Balarezo & Balarezo Asociados S.R.L. fueron partícipes necesarios - extraneus- porque de manera activa y con conocimiento intervinieron en la indicada licitación pública que fue dirigida por los sentenciados Eli Hernández Tuesta -en la condición de residente de obra y Eduardo Alcides Miranda Medrano -en la calidad de asistente administrativo-, intraneus, encargados de la ejecución de la indicada obra y a su vez miembros del Comité Especial quienes eran responsables del proceso de licitación pública para la adquisición de combustible, en la que concertaron ilícitamente para llevar a cabo el contrato de suministro de ese producto, conforme se aprecia del acta de licitación pública de fojas trescientos veinte, del tres de diciembre de dos mil dos, oportunidad en la que se otorgó la buena pro a la Empresa Balarezo & Balarezo Asociados S.R.L y de la carta de fojas mil ochocientos diez, del catorce de octubre de dos mil dos, por la que aceptan apoyar en el suministro del bien bajo determinadas condiciones, de la que se aprecia que tuvieron conocimiento previo de la indicada licitación pública en la que iban a participar, esto es, antes de que se convoque públicamente mediante el Diario Oficial el Peruano a fines de octubre del año dos mil dos a los postores para que participen en el proceso de esa futura contratación. **Octavo:** Que, el quantum de la sanción impuesta a los encausados Duque Duque y Balarezo Díaz respeta los parámetros legales estipulados en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por el artículo dos de la Ley número veintiséis mil setecientos trece, y los criterios y factores para la individualización de la sanción prevista en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del acotado Código, respectivamente, así como observa proporción con las circunstancias del hecho ilícito cometido, con las condiciones personales de los imputados y, especialmente, con los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, contemplados en el artículo octavo del Título Preliminar del indicado Código.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-8-

Noveno: Que, en cuanto al extremo impugnado por los encausados Eduardo Alcides Miranda Medrano y Eli Hernández Tuesta, esto es, respecto de la cantidad fijada por concepto de reparación civil - cien mil nuevos soles-, es de advertir que no resultan válidos los agravios expuestos porque los argumentos de inocencia y el acogimiento a la conclusión anticipada del debate oral -conformidad- no son factores para determinar el concepto resarcitorio; que el monto establecido respeta lo dispuesto por el artículo noventa y tres del Código Penal y observa correspondencia con los principios dispositivo y de congruencia, que en este caso comprende la cantidad de dinero que en exceso pagó la agraviada por cada galón de petróleo Diesel - dos que adquirió por medio de un proceso de licitación pública fraudulento, monto que quedó determinado con las pruebas periciales precisadas en el quinto fundamento jurídico de esta resolución, lo que ascendió a sesenta y dos mil setecientos nuevos soles con cuarenta céntimos, más los daños y perjuicios ocasionados, lo que es conteste con el criterio adoptado en la Ejecutoria Suprema vinculante recaída en el recurso de nulidad número novecientos cuarenta y ocho - dos mil cinco, así como en los lineamientos jurídicos que sobre este aspecto se fijaron en el Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil setecientos ochenta y tres, del treinta y uno de marzo de dos mil nueve, que condenó a los encausados John Harold Duque Duque y María Viviano Balarezo Díaz como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública -concusión- colusión ilegal a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años, bajo reglas de conducta e inhabilitación por un año, así como fijó en cien mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberán pagar a la agraviada de manera solidaria conjuntamente con sus co sentenciados Eli Hernández Tuesta y Eduardo Alcides Miranda Medrano; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA
PENAL PERMANENTE**

R. N. N° 1794-2009

LIMA

-9-

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO