

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

Lima, veintitrés de junio de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Fredy Santiago Urbina Zúñiga, Gregorio Flavio Choquenaira Flores, Damiana Nelly Luna Figueroa, Bias Efraín Gonzáles Quispe, Valentín Hancoco Lazarte y Elizban Félix Lino Alarico contra la sentencia de fojas dos mil trescientos veintinueve, del tres de noviembre de dos mil ocho; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el encausado Urbina Zúñiga en su recurso formalizado de fojas dos mil trescientos cincuenta y cuatro alega que la sentencia carece de la debida motivación; que en el acta del doce de septiembre se consignó expresamente que el encargado de hacer cumplir la subsanación de los documentos faltantes. era el Alcalde; que la responsabilidad en la suscripción del contrato era de incumbencia exclusiva del titular del pliego; que como regidor sólo tenía las funciones de fiscalización y vigilancia de los actos de la administración municipal; que los regidores no tienen poder de decisión; que se soslayó que incurrió en error de tipo invencible y error de prohibición porque desconocía que el Estado podría perjudicarse con la suscripción de un acta de otorgamiento de buena pro, que, por su parte, el encausado Choquenaira Flores en su recurso formalizado de fojas dos mil trescientos setenta y tres señala que no se individualizaron la participación de cada uno de los encausados en las irregularidades advertidas en la ejecución de la obra Plaza del Encuentro; que sólo participó en un solo acto y como asistente, encargado de la Dirección de Administración, pero no como miembro de la Comisión de Adjudicación; que su única intervención fue

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-2-

en el acta del doce de septiembre de mil novecientos noventa y seis y no participó de los hechos posteriores porque fue despedido y entregó su cargo el treinta y uno de octubre del citado año; que las (micas irregularidades en la ejecución de la obra se ciñen al contrato suscrito con la empresa FRHUC, en cuyo periodo ya no laboraba; que el examen pericial se circunscribió a los aspectos relacionados con el otorgamiento de la buena pro a la empresa FRHUC; que, de otro lado, la encausada Luna Figueroa en su recurso formalizado de fojas dos mil cuatrocientos veintinueve indicó que integró la Comisión de Adjudicación del otorgamiento de la buena pro a la empresa FRHUC, la cual cumplía con los requisitos y exigencias de ley; que no se comprobó el favorecimiento o el acuerdo clandestino que requiere el tipo y que la sentencia incurrió en insuficiencia de motivación; que el encausado Gonzáles Quispe en su recurso formalizado de fojas dos mil cuatrocientos treinta y tres adujo que no se acreditó con certeza la responsabilidad penal que se le atribuye; que participó como regidor pero no tenía voz ni voto, por lo que carecía de capacidad de decisión y menos integraba la Comisión de Adjudicación; que la Contraloría General de la República no le halló responsabilidad; que al no constar ninguna prueba objetiva que lo comprometa debe respetarse la presunción de inocencia que le asiste; que el encausado Hanco Lazarte en su recurso formalizado de fojas dos mil cuatrocientos treinta y siete señaló que la sentencia se basa en hechos genéricos pues no determinó cuales fueron los actos administrativos dolosos cometidos; que su función como regidor era la de fiscalizar y observar los actos funcionales de los otros servidores del municipio agraviado, tal como lo indica el Manual de Organización y Funciones; que no formó parte de ningún Comité de Adjudicación; que no tenía bajo su poder caudales del Estado; que la pericia

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-3-

contable no llegó a establecer la concertación entre los miembros de la Comisión y las empresas ganadoras; que no estuvo presente en el primer acto de la buena pro en la que se entregó la obra a la empresa de Chávez Canal, por lo que su participación solamente se refiere al segundo acto de adjudicación; que desconocía quién o quiénes participaron en el primer acto de adjudicación de la buena pro; que no tiene vinculación alguna con personas cercanas a la empresa FRHUC; que no se determinó que recibió contraprestación por el particular que contrató con el Estado; que la prueba pericia) determina que no existe perjuicio alguno al Estado e incluso se ha demostrado que la obra se concluyó; que el Tribunal Superior no actuó con equidad e igualdad pues otros miembros del Comité que tuvieron la misma participación del recurrente no fueron sujetos de juzgamiento —indica que el asesor legal Paredes Barriga, quien participó en ambas actas de adjudicación, fue excluido del proceso-; que la conducta es atípica porque no formó parte de ninguna comisión para licitar o adjudicar bienes o servicios para el municipio agraviado; que, finalmente, el encausado Lino Alarico en su recurso formalizado de fojas dos mil cuatrocientos cincuenta arguye que los cargos que se le atribuyen son genéricos; que no formó parte del Comité de Adjudicación; que no obra ninguna resolución en el que lo nombren miembro de alguna Comisión de Adjudicación; que sólo firmó el acta del once de enero de mil novecientos noventa y siete y que no estuvo presente en la primera acta, por ello desconocía quienes habían participado en la primera adjudicación; que el asesor legal Paredes Barriga es el que tenía mayor responsabilidad en estos actos y sin embargo el Tribunal indicó que no había mérito para pasar a juicio oral en contra del mencionado; que su conducta es atípica porque no fue miembro de ninguna comisión encargada de

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-4-

licitaciones o adjudicaciones. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas novecientos treinta y cuatro, los encausados Bernardo Natividad Meza Álvarez, Fredy Santiago Urbina Zúñiga, Gregorio Flavin Choquenaira Flores, Damiana Nelly Luna Figueroa, Blas Efraín Gonzáles Quispe, Valentín Hanco Lazarte, Elizban Félix Lino Alarico, Jaime Enrique Delgado Aragón, Norma Teresa Cáceres de Medina, Armando Navarro Gamarra, Jorge Francisco Meneses Aguilar, Carlos Quispe Sucasaca y Justa Apaza Quispe se coludieron con los ganadores de la buena pro de la obra de construcción de la Plaza del Encuentro —cabe señalar que la acusación versa por dos cargos en contra de los mencionados encausados, sin embargo el objeto recursal se circunscribe a la contratación para la construcción de la citada obra-; que, en este sentido, el doce de septiembre de mil novecientos noventa y seis se otorgó la buena pro a la empresa del ingeniero Julio Chávez Canal por un monto de doscientos veinticinco mil setecientos sesenta y ocho nuevos soles con ochenta y seis céntimos y se fijó como plazo para su ejecución noventa días calendarios, mientras que el contrato se firma el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y seis; que, empero, el veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis se rescindió el citado contrato por el poco avance de las obras y por no haber presentado la carta fianza ni la constancia del registro nacional de contratistas por parte de la ganadora de la buena pro; que, en ese orden de ideas, el veintiocho de enero de mil novecientos noventa y siete se firmó otro contrato con la empresa FRHUC Ingenieros Contratistas Sociedad de Responsabilidad Limitada, para continuar la obra, por ciento ochenta mil seiscientos quince nuevos soles con nueve céntimos, cuyo plazo de ejecución era de noventa días, sin embargo el cinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho se constató la falta de tres mil metros cuadrados

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-5-

de asfalto en las vías, por lo que el contratista se comprometió a concluirlo antes del quince de diciembre del citado año, no obstante, al no cumplir lo acordado, el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve nuevamente se rescindió el contrato porque las fechas superaron lo previsto; que, en tal sentido, el proceso en cuestión fue sometido a una auditoria, la que detectó lo siguiente: **i)** que se otorgó la buena pro a Julio Chávez Canal sin que este haya cumplido con presentar todos los documentos técnicos requeridos en la convocatoria, **ii)** que no existe sustento documentado del proceso de evaluación de propuestas, **iii)** que se otorgó un adelanto de cuarenta y cinco mil ciento cincuenta y tres nuevos soles con setenta y cinco céntimos a Julio Chávez Canal pese a que no presentó la respectiva carta fianza, **iv)** que al rescindir el contrato con Julio Chávez Canal no se valorizó el trabajo efectuado, no se liquidaron cuentas ni se cobraron los gastos originados por la rescisión del contrato, con lo que se contravino lo dispuesto en las leyes de contrataciones estatales de la época -Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas RULCOP-, **v)** que la continuación de la obra le fue encargada a la Empresa FRHUC, la que había ofertado doscientos veintitrés mil trescientos noventa y ocho nuevos soles con cincuenta y dos céntimos, empero la Empresa Constructora TRISEVAL fue la que ocupó el segundo lugar del proceso de selección, al ofertar doscientos treinta mil nuevos soles, pese a lo cual se escogió a la primera de las mencionadas, **vi)** que a la Empresa FRHUC se le pagó un total de ciento ochenta mil seiscientos quince nuevos soles con diez céntimos, sin retenerse el fondo de garantía, e incluso se pagó por el sellado asfáltico de tres mil metros cuadrados un monto ascendente a cuatro mil novecientos cuarenta y tres nuevos soles con sesenta y un céntimos, **vii)** que el Alcalde rescindió el

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-6-

contrato con la Empresa FRHUC el veinticuatro de noviembre del mil novecientos noventa y nueve, esto es, después de un año de haber realizado la constatación del incumplimiento del compromiso, cinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, y **viii)** que al rescindir el contrato con la Empresa FRHUC no se liquidaron las cuentas ni se cobraron los gastos originados por la resolución de rescisión, tal como lo ordenaba el RULCOP en los numerales ocho y nueve, del inciso ocho, de su artículo cinco. **Tercero:** Que los cargos propuestos por el Ministerio Público encuentran plena corroboración con los diferentes instrumentales y pericias que obran en autos; que, en este sentido, se advierten dos hechos puntuales, el primero referido al otorgamiento de la buena pro a la Empresa del Ingeniero Julio Chávez Canal, en la que participaron el ex alcalde Meza Álvarez, los regidores Urbina Zúñiga, Quispe Sucasaca - reservado- y Choquenaira Flores —como Director encargado de Administración-, y el segundo referido a la buena pro otorgada a la empresa FRHUC, en el que participaron Meza Álvarez -como alcalde-, Luna Figueroa -como Presidente del citado Comité-, Apaza Quispe -como Secretaria- y los regidores Gonzáles Quispe, Hanco Lazarte y Lino Alarico; que la participación de cada uno de los mencionados en los distintos procesos se comprueba en las actas que suscribieron de fojas doscientos ochenta y seis y doscientos noventa, además la pericia contable de fojas setecientos ochenta y tres, practicada al proceso que otorgó por la buena pro a la empresa FRHUC halló, por el incumplimiento del contrato, un perjuicio económico al municipio de cuatro mil novecientos cuarenta y tres nuevos soles con sesenta y un céntimos, además del fondo de garantía se retuvo tan solo mil quinientos diez nuevos soles con cuarenta y tres céntimos, cuando lo correcto era retenerle siete mil seiscientos cincuenta y tres nuevos soles con dieciocho céntimos;

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-7-

que, de otra parte, a fojas mil cuatrocientos treinta y cuatro, obra el peritaje ampliatorio, por la buena pro otorgada a Chávez Canal, en el que se indicó que las propuestas técnicas presentadas por la Empresa Ingeniero Sánchez Tejada e Ingeniero Chávez Canal no estaban acorde a lo solicitado por las bases, por lo que no se debió continuar con el proceso pues sólo habían dos propuestas válidas y la ley exigía que tenían que ser tres o mas; además que se debió otorgar la buena pro a la empresa TRISERVAL pues no se cuenta con documentos que demuestren que se desistió de ejecutar la obra ni se advierte que se le hubiese comunicado que se rescindió el contrato del anterior contratista; que tampoco se respetó el reglamento del RULCOP al no citar al acto de adjudicación a un notario público; que además no existe la liquidación de obra de la construcción de la plaza; y que la segunda empresa contratada tampoco concluyó la obra, todo lo cual fue ratificado a fojas cuatrocientos diecisiete y ochocientos dieciocho. **Cuarto:** Que, ahora bien, tanto en los debates orales cuanto en la sentencia impugnada no sólo se trazaron claramente los hechos imputados sino que también puntualizaron sobre quiénes recaía responsabilidad por cada uno de los acuerdos tomados en las dos actas de adjudicación materia de juicio; que, por tal razón, no es amparable el agravio que proponen los impugnantes respecto a que no se individualizaron responsabilidades; que, por otro lado, el peritaje contable reveló no solo que se hicieron pagos a empresas que incumplieron con los requerimientos de las bases del proceso de adjudicación sino que no culminaron la obra pese a los pagos adelantados; que, no obstante ello, si bien el peritaje en mención solo arrojó un monto en concreto por el perjuicio económico causado por la contratación de la Empresa FRHUC, en el peritaje

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-8-

que analizó la contratación con la Empresa Ingenieros Chávez Canal concluyó, además del incumplimiento del contrato, que la indicada empresa fue elegida a pesar de que su oferta no se ajustaba a lo requerido por las bases e incluso ni siquiera contaba con la documentación del caso para participar en el referido proceso, de suerte que es palmaria la afectación al interés estatal en los contratos o concursos, pues si bien no se cuantificó, en este caso, el perjuicio económico que causó, no se puede soslayar que esta acreditado que con su participación se privó a la Administración Pública de contratar con aquel que le preste el servicio en la forma, modo y plazo esperado; que, por consiguiente, argüir la atipicidad de la conducta desplegada por los agentes activos del delito ante la no cuantificación del perjuicio patrimonial causado a la agraviada carece de asidero legal. **Quinto:** Que, de otro lado, el acuerdo colusorio se vio reflejado en el otorgamiento de la buena pro a empresas que no reunían los requisitos mínimos para participar en un proceso de selección, por tanto no puede objetarse el carácter expreso del favorecimiento por parte de los que conformaron el Comité hacia los representantes de las citadas empresas, pues de otra forma no se puede explicar, con razonabilidad, cómo es que a pesar de conocer que la empresa ganadora no contaba con la documentación debida se le declare ganadora de la buena pro, y, además, no existe explicación fundada en derecho que responda el porqué se escogió a la empresa que ocupó el tercer lugar cuando en el acta se consignó claramente el orden de prelación. **Sexto:** Que, por otra parte, tampoco resulta estimable eximir de responsabilidad a los regidores Gonzáles Quispe, Hancoco Lazarte y Lino Alarico pues suscribieron el acta que otorgó la buena pro a favor de la Empresa FRHUC, de suerte que su presencia en los citados actos otorgaban el grado de legalidad requerido para la formalización y concreción del delito por

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-9-

parte de los que tenían a su cargo el proceso de selección; que, en este orden de ideas, los propios encausados manifestaron, cada uno en su oportunidad, que una de sus funciones dentro del municipio era fiscalizar los actos de los servidores ediles, por tanto su sola presencia otorgaba visos de legalidad a los acuerdos alcanzados en el seno del Comité, por lo que, tanto de forma omisiva -al no efectuar decididamente ninguna acción tendiente a impedir el resultado lesivo o verificar los alcances del acta que antecedió al último proceso de selección- cuanto comisiva —al suscribir el acta que otorgaba la buena pro y con ello dar fe de la legalidad del acto- su responsabilidad esta plenamente acreditada; que, por tal razón, también resulta intrascendente que los mencionados encausados, además de la encausada Luna Figueroa, aleguen que desconocían los alcances de la primer acta, pues bastaba con su simple lectura para verificar la legalidad del acuerdo que suscribían; que ocurre el mismo desvalor en la conducta del encausado Choquenaira Flores pues no cabe asentar las justificaciones que alega, porque era evidente que conocía el real alcance del acta que suscribía y como tal no era legalmente posible que otorgue la buena pro a un postor que incumplía lo requerido por las bases y no tenía la documentación necesaria para participar en el proceso, más aún si otro postor fue descartado del mismo por estar en similar situación que la empresa ganadora, de modo que, atentos a su grado de instrucción — Contador Público Colegiado- y el cargo que ocupaba —Director Municipal-, no es factible aceptar que desconocía las normas del proceso de contrataciones públicas, por lo que el haberse consignado en la parte final del acta una mención especial sobre a quien le correspondía verificar o controlar las cláusulas de un acuerdo, a todas luces ilegal — pues la empresa en modo alguno podía contratar con el Estado-, en nada lo exime de responsabilidad

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-10-

penal — del mismo modo, tampoco opera a su favor que luego de su renuncia se produjera el perfeccionamiento del contrato, pues el delito se materializó cuando suscribió el acta y favoreció a una empresa, independientemente si se produjo el resultado o agotamiento del delito, pues lo que tutela el citado tipo penal es el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de Comportarse correctamente en el ejercicio de la Administración Pública, en este caso de los contratos y adquisiciones estatales-. **Sétimo:** Que, finalmente, el tipo penal juzgado no requiere para su materialización que se demuestre objetivamente cuando y como se produjo el acuerdo clandestino ni menos aún como se beneficiaron económicamente los miembros del comité o el tercero privado, por lo que carece de virtualidad sustentar un argumento de defensa en base a estos puntos glosados; que, en consecuencia, la sentencia impugnada motivó debidamente el argumento condenatorio, cuyo sustento fáctico se fundó en la prueba acopiada en autos, la misma que ha sido materia de contradicción por las partes procesales, por lo que se cumplió acabadamente con los principios que rigen al juicio oral, determinándose con absoluta claridad que los encausados son autores del delito de colusión; que, sin embargo, en la materialización del delito también se requiere necesariamente la participación del tercero que responde por un fin privado, en este caso el extraneus, el cual bajo el título de cómplice, necesariamente actuó con el fin de vulnerar un bien jurídico tutelado, por lo que se hace necesario que el Ministerio Público, como titular de la acción penal, se pronuncie sobre el particular. **Octavo:** Que, de otra parte, el encausado Meza Álvarez se reservó el derecho de impugnar en el acta de lectura de sentencia del tres de noviembre de dos mil ocho; empero, sin interponer recurso de

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-11-

nulidad, lo fundamentó el diecisiete de noviembre de dos mil ocho, por lo que el extremo del auto de fojas dos mil cuatrocientos setenta y siete, del catorce de enero de dos mil nueve, que le concedió el inexistente recurso de nulidad debe ser declarado nulo, pues el plazo de veinticuatro horas que tenía para interponer su recurso fue superado ampliamente. **Noveno:** Que para la determinación judicial de la pena deben respetarse los principios de prevención, protección y resocialización, contenidos en el artículo nueve del Título Preliminar del Código Penal, además de guardar la debida coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad fijados en los artículos dos, cuatro, cinco, siete y ocho del Título Preliminar del citado Código, así como tener en cuenta los factores y circunstancias contenidas en el artículo cuarenta y seis y cuarenta y siete del mismo cuerpo legal; que, en consecuencia, en base a los principios y criterios glosados la pena impuesta resulta congruente; que, en cuanto a la reparación civil fijada, ésta responde a la naturaleza del daño causado y a los perjuicios ocasionados por la comisión del delito, por lo que no cabe modificación alguna. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil trescientos veintinueve, del tres de noviembre de dos mil ocho, en cuanto condena a Fredy Santiago Urbina Zúñiga, Gregorio Flavio Choquenaira Flores, Damiana Nelly Luna Figueroa, Bias Efraín Gonzáles Quispe, Valentín Hanco Lazarte y Elizban Félix Lino Alarico por delito de colusión en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años sujetos a reglas de conducta y fijó en diez mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente a favor de la agraviada; con lo demos que contiene, y es materia del recurso; declararon **NULO** el auto de fojas dos mil cuatrocientos

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1903-2009

PUNO

-12-

setenta y siete, del catorce de enero de dos mil nueve, en el extremo que concedió el recurso de nulidad al encausado Bernardo Natividad Meza Álvarez; **DISPUSIERON** que por Secretaria de este Supremo Tribunal se remitan al Ministerio Público copias certificadas de las piezas procesales pertinentes del presente proceso, en atención a lo señalado en el fundamento jurídico séptimo de la presente Ejecutoria; y los devolvieron.-

S.S.

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO.

PRADO SALDARRIAGA

PRINCIPE TRUJILLO.

SANTA MARIA MORILLO.