

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 1015 – 2009

PUNO

Lima, diecisiete de febrero de dos diez.-

VISTOS; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados AGUSTÍN FROILÁN PACORI PARISACA, CÉSAR HERNANDO COSAR SOLÓRZANO, ALFREDO CONDORI FLORES, OMAR MIGUEL MONTEZA ROSALES, TERESA RAMOS FLORES, JORGE RICARDO PACHECO RODRÍGUEZ y LUIS FERNÁNDEZ DE PAREDES ARÉVALO contra la sentencia de fojas tres mil tres, del veintinueve de diciembre de dos mil ocho, que los condenó como autores del delito de colusión en agravio del Estado Peruano — Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación de Suelos —en adelante, PRONAMACHCS— a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente e inhabilitación de un año, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto de la reparación civil que abonarán a la entidad agraviada en forma solidaria, sin perjuicio de la devolución de lo indebidamente apropiado. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

ANTECEDENTES.

PRIMERO.- Que la Sala Penal e Itinerante de Puno, previo juicio oral, público y contradictorio, dictó la sentencia de fojas tres mil tres, del veintinueve de diciembre de dos mil ocho. Dicha sentencia condenó a los encausados: 1. Agustín Froilán Pacori Parisaca, 2. César Hernando Cosar Solórzano, 3. Alfredo Condori Flores, 4. Omar Miguel Monteza Rosales, 5. Teresa Ramos Flores, 6. Jorge Ricardo Pacheco Rodríguez y 7. Luis Fernández de Paredes Arévalo como autores de la comisión del delito de colusión en agravio del Estado Peruano — PRONAMACHCS a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente e inhabilitación de un año, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto de la reparación civil que abonarán a la entidad agraviada en forma solidaria, sin perjuicio de la devolución de lo indebidamente apropiado.

Es de precisar, desde ya, que como se trata de un delito de colusión la devolución exigida se refiere al monto defraudado y éste, según la conclusión pericial asciende a siete mil setecientos ochenta y dos nuevos soles con treinta y nueve céntimos.

SEGUNDO.- Que contra la aludida sentencia interpusieron recurso de nulidad los siete imputados. Sus agravios son los siguientes:

- A. El encausado Fernández de Paredes Arévalo en su recurso formalizado de fojas tres mil veintiséis alega que no existe indicio de la participación delictiva que se le atribuye. El Informe número cero tres — dos mil cuatro - cero dos — tres mil setecientos ochenta y cinco identificó a los responsables del delito: sólo son los miembros del Comité Especial. Él se limitó a nombrar al citado Comité Especial, pero no direccionó el concurso ni coaccionó a los miembros del Comité para favorecer al postor, tampoco se inmiscuyó en su autonomía. Los memorandos número quinientos noventa y tres y quinientos noventa y cinco — AG — PRONAMACHCS son directivas de carácter general. La sentencia es nula porque carece de motivación y no se ha pronunciado

sobre el valor de la prueba preconstituida.

- B. El encausado Pacheco Rodríguez en su recurso formalizado de fojas tres mil setenta y uno acota que la sentencia incurrió en incongruencia omisiva y no esta motivada adecuadamente. Las declaraciones inculpativas de sus coimputados, que integraron el Comité Especial, deben tomarse con reserva pues pugnan por ser absueltos. No ha tenido participación directa por razón de su cargo en los hechos y no presionó o amenazó a sus coimputados con no renovarles el contrato pues por su cargo no podía hacerlo. Además, cuando se realizó la buena pro el se encontraba en Juliaca en calidad de asistente de administración.
- C. El encausado Pacori Parisaca en su recurso formalizado de fojas tres mil cuarenta aduce que no se compulsó prolijamente el memorando número quinientos noventa y tres — dos mil dos — PRONAMACHCS, del que se infiere que sus coimputados Fernández y Pacheco cursaron las invitaciones para la contratación. No hay prueba que acredita que los miembros del Comité se concertaron para defraudar al Estado y, por el contrario, el oficio número cero ocho — dos mil dos — AG — PRONAMACHCS y los memorandos número quinientos noventa y cinco y quinientos noventa y tres — dos mil dos — AG -PRONAMACHCS prueban que quienes lo hicieron fueron estos últimos. Sus coimputados tenían dominio del hecho, hicieron uso abusivo de sus cargos e impartieron órdenes y profirieron amenazas a los miembros del Comité Especial. La sentencia no ha tomado en cuenta varios informes y descargos que lo excluyen de responsabilidad. Su designación como Presidente del Comité Especial no se hizo por Resolución de Gerencia sino por memorando número quinientos noventa y tres. Su actuación responde a órdenes impartidas mediante memorandos de Gerencia Departamental.
- D. El encausado Cosar Solórzano en su recurso formalizado de fojas tres mil cuarenta y cinco sostiene que la sentencia considera equivocadamente como prueba de cargo la pericia de fojas setecientos veintiocho que indica irregularidades en el proceso de evaluación técnica y económica de los postores, sin tener en cuenta que los encausados Fernández de Paredes y Pacheco Rodríguez limitaron sus funciones para favorecer a la empresa WENSA, quienes se aprovecharon de la dependencia laboral de los integrantes del Comité Especial. No se valoró que la pericia determinó que se limitó las funciones a los miembros del Comité Especial. No está probado que se concertaron con la empresa ganadora del concurso.
- E. El encausado Condori Flores en su recurso formalizado de fojas tres mil cincuenta y tres afirma ser inocente de los cargos formulados en su contra. Repite los argumentos de descargo de sus coimputados Pacori Parisaca y Cosar Solórzano. Insiste en que no se concertó con la empresa ganadora. Agrega que no se han tomado en cuenta la prueba documental y pericial de descargo y la declaración del Ingeniero Moisés Duran Charca, representante legal de Herrandina y video de fojas novecientos setenta y cinco.
- F. El encausado Monteza Rosales en su recurso formalizado de fojas tres mil cincuenta y siete indica que no firmó las actas de contratación y

adquisición directa de bienes y servicios, ni participó en la elaboración del segundo cuadro. Fue presionado y amenazado de ser despedido por el Administrador.

- G. La encausada Ramos Flores en su recurso formalizado de fojas tres mil sesenta y cinco enfatiza que no es funcionaria pública; que se limitó a suscribir las actas y los cuadros de adjudicación de buena pro sin entender los procedimientos legales; que su escasa formación —sólo tiene tercer año de primaria— no le permitió discernir adecuadamente de lo que realizaban los demás miembros del Comité; que actuó mediando error de prohibición invencible.

TERCERO.— Que elevada la causa a este Supremo Tribunal, corrida vista fiscal, emitido el dictamen correspondiente en el sentido de que se declare no haber nulidad en el fallo recurrido, fijada fecha para la vista de la causa, producido el informe oral de los abogados asistentes conforme aparece de la constancia de Relatoría, y realizada la deliberación y correspondiente votación de la causa, corresponde absolver el grado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.— Que la Oficina de Auditoría Interna de PRONAMACHCS en dos mil tres realizó una acción de control que comprendió la evaluación selectiva de la documentación concerniente a los actos administrativos y de gestión acontecidos entre el uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil dos en diversas Agencias Zonales de Puno. Como consecuencia de esa acción de control se elaboró el Informe Especial número cero tres — dos mil cuatro — cero dos — tres mil setecientos ochenta y cinco, del trece de febrero de dos mil cuatro, que dio lugar a la expedición de la Resolución Ministerial Número cero trescientos cincuenta — dos mil cuatro — AG, del siete de junio de dos mil cuatro, centrada en el fundamento de hecho número uno del indicado Informe Especial, y que dispuso la interposición de las acciones judiciales contra los responsables.

El indicado Informe Especial —fojas treinta y seis y siguientes— establecía que en el proceso de adquisición de herramientas agrícolas, de la Agencia Zonal Puno — El Collao — Mariscal Nieto, realizado el doce de septiembre de dos mil dos, a cargo del Comité Especial de Adquisiciones de Menor Cuantía [éste no fue formalizado a través de una Resolución Gerencial conforme lo manda la ley, así consta del oficio de fojas setecientos cincuenta y uno], se advirtió la comisión del delito de colusión con un perjuicio para la institución de siete mil setecientos ochenta y dos nuevos soles con treinta y nueve céntimos al favorecerse a la empresa WENSA. No se utilizó un criterio uniforme para la calificación de los aspectos relacionados con los plazos de entrega y calidad de los bienes ofertados, otorgándose injustificadamente diferentes puntajes no obstante las mismas condiciones ofertadas.

La pericia contable oficial de fojas setecientos veintiocho precisó que los integrantes del Comité Especial de la referida Agencia Zonal eran los acusados: Pacori Parisaca (Presidente), Cosar Solórzano (Secretario), Condori Flores (Vocal), y Monteza Rosales (Vocal) [según el acta de la sesión número cuatro — dos mil dos, de fojas sesenta y cinco, también integró el Comité, como Vocal, la encausada Ramos Flores, representante de los Comités Conservacionistas]. Todos ellos actuaron bajo las indicaciones del encausado Fernández de Paredes Arévalo, Gerente Departamental. El limitó la delegación de funciones de cada uno

de los integrantes de dicho Comité Especial, en orden a favorecer a la empresa World Enginer Metalic Sociedad Anónima —véase memorandos múltiples quinientos noventa y tres y quinientos noventa y cinco — dos mil dos — AG - PRONAMACHSCS, del nueve y diez de septiembre de dos mil dos—.

Dicha pericia precisó que el proceso de adquisición no contó con bases que sirvieran como parámetro para evaluar las propuestas técnicas y económicas de los proveedores; que las solicitudes de cotizaciones se realizaron por personas que no pertenecen al Comité: hubo participación indirecta de la Gerencia Departamental y de la Administración [se trata de los imputados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez]. Es más, la Gerencia Departamental no emitió Resolución Gerencial autorizando las exoneraciones de licitación pública y concurso público de precios, la misma que no comunicó a la Contraloría General de la República de las adquisiciones realizadas mediante exoneraciones que requieren obligatoriamente un informe técnico legal previo y ser publicado en el diario oficial El Peruano.

La pericia de parte de fojas ochocientos setenta y seis, realizada por la institución agraviada PRONAMACHCS, coincidió con la pericia oficial y ratificó que hubo parcialidad. También consideran responsables a los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez porque no realizaron un control interno permanente sobre ese proceso.

SEGUNDO.— Que los integrantes del Comité Especial sostienen que fueron presionados por sus coimputados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez para otorgar la buena pro a la empresa WENSA. Todos ellos firmaron el acta de adjudicación. El encausado Pacori Parisaca, Jefe Zonal de la Agencia El Collao Mariscal Nieto y Presidente del Comité, precisó que antes de dar inicio a la evaluación los citados encausados los reunió en la oficina del primero y les recomendó que los proveedores tenían que ser de Lima, muy en particular la empresa WENSA, al punto que incluso el primero rechazó un primer cuadro de aprobación de buena pro y les dijo que tenían que elaborar otro cuadro en el que ganarían proveedores de Lima, y que si no lo hacían revisarían su situación laboral, por lo que contra su voluntad confeccionaron y firmaron otra acta. Los imputados mencionaron que fueron obligados a favorecer a WENSA en mayor cantidad de herramientas y costos.

El Ingeniero Moisés Duran Charca en su declaración plenarial de fojas dos mil ochocientos noventa y una expresa que todo el proceso de adquisiciones fue centralizado por los imputados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez, quienes ejercieron presión sobre el Comité Especial para favorecer a empresas de Lima.

Los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez, por el contrario, niegan haber presionado a los miembros del Comité Especial. Sostienen que los integrantes del Comité tienen la autoridad para designar a los ganadores de la buena pro (instructivas de fojas novecientos cuarenta y ocho y novecientos cincuenta y seis, y declaraciones plenariales de fojas dos mil setecientos setenta y siete y dos mil seiscientos treinta y cinco, respectivamente). El encausado Pacheco Rodríguez señala que no sólo no fue parte del Comité Especial, sino que el día de la designación no se encontraba en la localidad.

TERCERO.— Que de la prueba de cargo actuada en el proceso, señalada en los fundamentos jurídicos anteriores, se advierte que los integrantes del Comité Especial de Adquisiciones otorgaron indebidamente la buena pro a la empresa WENSA, lo que importó un perjuicio para el Estado de siete mil setecientos ochenta y dos nuevos soles con treinta y nueve céntimos. Ellos mismos

reconocen la irregularidad del procedimiento —firmaron el acta de adjudicación respectiva como consta de fojas sesenta y cinco a sesenta y nueve—, admisión que está corroborada por la prueba pericial correspondiente —tanto el Informe Especial de Auditoría Interna cuanto las dos pericias contables—. Además, han enfatizado que otorgaron la buena pro a WENSA a sabiendas que no correspondía hacerlo aunque aducen que fueron presionados por sus coencausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez. De esto último da cuenta también el testigo Moisés Duran Charca.

La injerencia indebida de los acusados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez está probada no sólo con la uniforme sindicación de sus coimputados, sino con un conjunto de datos periféricos que conceden credibilidad a la sindicación en su contra. En efecto, las pericias dan cuenta de la centralización indebida del procedimiento de adjudicación, del modo impropio de designación y la forma cómo se llevó a cabo la buena pro, así como que una vez designada la empresa WENSA no realizaron, como debían, un control sobre lo ocurrido. Además, existen diversas comunicaciones, aún cuando de fecha posterior a la adjudicación, que denotan una preferencia irrazonable hacia WENSA —véase memorandos de fojas setecientos veinticuatro y setecientos veintitrés—.

La prueba de cargo, en suma, es de tal entidad que permite una conclusión razonable de culpabilidad de los siete imputados recurrentes. Valorada individual y en conjunto permite concluir fundadamente que se defraudó al Estado en un proceso de contratación pública concertándose con la empresa WENSA. La evidencia, debidamente contrastada, se sustenta tanto en prueba personal —reconocimiento de los imputados integrantes del Comité Especial de Adjudicación como en la sindicación de estos últimos a sus coimputados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez, además de una testifical—, cuanto en prueba documental y, especialmente, pericial —que describe las irregularidades que presentó la adjudicación y de la que se desprende, sin alternativas contrarias, que todo se hizo para beneficiar a una empresa determinada, lo que importó una concreta afectación patrimonial al Estado—.

La apreciación y la valoración de la prueba de cargo realizada por el Tribunal Superior, por todo ello, no merece reparo en cede impugnativa que determine su nulidad o su reforma para disponer la absolución de todos o algunos recurrentes. La motivación que contiene no presenta defectos esenciales que determinen su declaración de nulidad. **CUARTO.**— Que la línea de defensa de los acusados, integrantes del Comité Especial de Adquisiciones, estriba en que actuaron presionados, bajo amenaza de perder su puesto de trabajo y por la dependencia jerárquica. Es decir, invocan implícitamente la causal de miedo insuperable como un supuesto de no exigibilidad de otra conducta —subjetiva o individual—. Empero, es de estimar, según los datos que se tienen, que los imputados no se encontraban frente a una situación tan extrema que no fuera aconsejable desde los fines de la pena, imponerle una sanción penal. El temor de perder su trabajo o de ver perjudicada a su comunidad o su estatus de interlocutora respecto de los intereses sociales que defendía —en el caso de la acusada Ramos Flores—, como es evidente, no tiene el carácter de insuperable.

La alegación de esta última de ignorancia acerca de los trámites de adjudicación no es de recibo, no solo por su condición de representante social —los conocimientos para tal intervención no son especialmente técnicos y además

tenía el deber de informarse sobre el ámbito y extensión de sus obligaciones— sino porque sabía que era objeto de una presión, pese a lo cual cedió a ella y aceptó adjudicar la buena pro a una empresa que no le correspondía.

QUINTO.- Que los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez alegan ser ajenos al proceso de adjudicación cuestionado penalmente. Es cierto, no integraron el Comité Especial de Adjudicación, cuyos miembros fueron los que otorgaron la buena pro a la empresa WENSA. Empero, su intervención en los hechos fue de tal entidad que delimitaron, en función a su nivel jerárquico dentro de la institución, el ámbito de actuación del Comité Especial y determinaron a sus integrantes a que escogieran a la empresa WENSA.

Por consiguiente, es claro que no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa WENSA, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad —finalmente concretada— de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación —sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución— el favorecimiento fraudulento a la empresa WENSA. Los encausados Agustín Froilan Pacori Parisaca, César Hernando Cosar Solórzano, Alfredo Condori Flores, Omar Miguel Monteza Rosales y Teresa Ramos Flores, según se tiene expuesto, tenían el dominio del hecho y realizaron personalmente el acto defraudatorio al Estado. Por ello es que los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez sólo pueden tener la calidad de inductores, sin perjuicio de que la relación funcional específica, como ha quedado expuesto, la ostentaban los cinco primeros encausados.

SEXTO.— Que, finalmente, el cambio del tipo de participación respecto de los encausados Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez, de autores a instigadores, no sólo no vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa sino tampoco infringe los principios acusatorio y de contradicción. En efecto, la pena contra la que se recurrió alegando inocencia, finalmente, no se altera en lo más mínimo —no se agrava, pues, la situación jurídica de ambos imputados con un resultado punitivo más intenso—.

El Código Penal fija una idéntica conminación penal al autor y al instigador; y, en el caso concreto, ese marco se respeta y no existen motivos para ajustar hacia abajo pena impuesta —los elementos personales especiales no son significativos—. La única condición para su ejercicio, es de insistir, estriba en que no se adopten en la sentencia hechos distintos a los incluidos en la acusación, en el debate o en la sentencia de instancia y que la sanción que se imponga no sea superior o por delito distinto, todo con el fin de no dejar indefenso al acusado ante hechos o peticiones de pena que no hubiera conocido con tiempo para defenderse adecuadamente [así se ha pronunciado, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo Español del siete de mayo de dos mil tres].

De otro lado, los hechos objeto del proceso penal no han sido modificados en lo más mínimo. No se alteró, en su esencia, la línea fáctica hecha valer por el Ministerio Público y fijada en la sentencia de instancia —unidad de hecho y de

bien jurídico vulnerado, incluso se respeta el título de imputación y condenatorio por el delito de colusión—. Pero no sólo no se desnaturaliza el principio acusatorio, sino que tampoco se violenta el principio de contradicción, puesto que los hechos determinantes del juicio de subsunción permanecen inalterados y el cambio de forma de intervención delictiva —que no es un acto típicamente diferente— es una posibilidad a la que no puede ser ajena la defensa porque forma parte del principio *jura novit curia* y no entrañó, en el caso concreto, la introducción de un factor jurídico sorpresivo a partir de nuevos datos no discutidos en juicio o con los que no se podía contar en la apreciación jurídica del hecho. Por lo demás, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil siete / CJ — ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, estableció que no cabe plantear la tesis para variar el título de participación. Los errores de subsunción que afectan la forma de intervención delictiva, sin modificación del hecho imputado y declarado probado no son relevantes desde el principio de contradicción.

DECISIÓN.

Pos estos fundamentos. De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal:

I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil tres, del veintinueve de diciembre de dos mil ocho, en el extremo que condenó a Agustín Froilan Pacori Parisaca, César Hernando Cosar Solórzano, Alfredo Condori Flores, Omar Miguel Monteza Rosales, Teresa Ramos Flores, Jorge Ricardo Pacheco Rodríguez y Luis Fernández de Paredes Arevalo por delito contra la Administración de Pública — colusión en agravio del Estado Peruano Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación de Suelos -PRONAMACHCS- a tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente e inhabilitación de un año, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto de la reparación civil que abonaran a la entidad agraviada en forma solidaria, sin perjuicio de la devolución de lo indebidamente apropiado —debiendo entenderse 'defraudado' en vez de 'apropiado' y que asciende a siete mil setecientos ochenta y dos nuevos soles con treinta y nueve céntimos—.

II. Declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto consideró a Jorge Ricardo Pacheco Rodríguez y Luis Fernández de Paredes Arévalo autores del delito de colusión; reformándola: los **CONDENARON** a título de instigadores del citado delito de colusión.

III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la referida sentencia en la parte que consideró a Agustín Froilan Pacori Parisaca, César Hernando Cosar Solórzano, Alfredo Condori Flores, Omar Miguel Monteza Rosales y Teresa Ramos Flores, autores de la comisión del delito de colusión.

IV. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO