

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3887-2009
APURIMAC

Lima, veintiuno de octubre de dos mil diez.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Gaspar Freddy Mosqueira Sotomayor contra la sentencia de fecha treinta y uno de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas mil trescientos treinta; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el recurrente al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas mil trescientos sesenta y nueve, alega que en la sentencia recurrida no se ha realizado un correcto juicio de tipicidad, por cuanto, se le imputa el delito de colusión desleal por haber incumplido las formalidades previstas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el proceso de adjudicación de obra "Asfalto de la avenida José María Arguedas", situación que constituye un grave error, debido a que el incumplimiento de dichas formalidades u omisiones, no constituye por si solo una defraudación a la hacienda pública, toda vez, que el referido tipo penal exige como elemento típico que la defraudación se produzca a raíz de un concierto o confabulación de los interesados, no habiéndose dado dicho supuesto en el presente caso con el acto de adjudicación de la buena pro a favor de la empresa Desarrollo de Ingeniería Sociedad Anónima, más aún, si no existe un medio probatorio que demuestre la configuración de la llamada colusión desleal; indica, que en la recurrida se afirma que se causó perjuicio económico a la entidad edil, sin embargo, no se precisa en que consistió la concertación fraudulenta, pues los hechos anotados en la denuncia y juicio oral no se encuadran en el delito que

72

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3887-2009
APURIMAC

se le imputa; precisa, que si bien es cierto, la Contraloría General de la República realizó seis observaciones, también lo es, que ninguna de ellas es constitutiva del delito de colusión desleal, pues solo cuestionan aspectos vinculados al "proceso de selección" y a la "ejecución de la obra", más aún, sino se acompañó prueba alguna que demuestre la concertación dolosa; indica, que no se ha probado de modo alguno, con documento fehaciente, que haya existido concertación con la empresa favorecida con la adjudicación, indicando también, que el contrato de la obra "Pavimentación de la avenida José María Arguedas" fue celebrado por el Alcalde provincial de aquel entonces, como titular de la función pública municipal, siendo ello así, el sujeto activo del delito objeto de investigación sería el mencionado Alcalde, debido a que éste tiene la autoridad para intervenir en los contratos públicos, llevarlos a cabo y comprometer el patrimonio municipal; refiriendo finalmente, que en el juicio oral no se llevo a cabo el debate pericial entre la pericia oficial y el peritaje de parte presentado, por lo cual debe declararse nula la sentencia y consecuentemente absolversele de la acusación fiscal formulada en su contra. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal, obrante a fojas seiscientos ocho, se le imputa concretamente al encausado Gaspar Freddy Mosqueira Sotomayor (Director de la Oficina de Acondicionamiento Territorial de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas), el haber cometido irregularidades en su condición de integrante la Comisión Especial encargada del Proceso de Selección de la Adjudicación Directa número cero tres – noventa y nueve – MPA, respecto a la obra de "Pavimentación de la avenida José María Arguedas", para efectos de favorecer con la buena pro a la empresa constructora "Desarrollo de Ingeniería Sociedad

D

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3887-2009
APURIMAC

Anónima", lo que finalmente produjo un detrimento patrimonial al municipio agraviado. **Tercero:** Que, el sustento fáctico anotado en el considerando anterior que se le imputa al encausado Mosqueira Sotomayor ha sido encuadrado en el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que establece que "*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años...*"; debiéndose indicar respecto a dicho tipo penal, que el bien jurídico tutelado, es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto, es el patrimonio administrado por las entidades públicas, incorporando en su ámbito objetivo como elementos necesarios la concertación con los interesados, y la defraudación al Estado o ente público concreto, esto es, que la concertación, está referida al acuerdo subrepticio y no permitido por la ley con los interesados, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que regulan la actuación administrativa; y la defraudación, dirigida al gasto público en el marco de una contratación o negociación estatal, lo que incide en la economía pública, en tanto, debe implicar una erogación presupuestal; por tanto, resulta evidente y necesario que los conciertos colusorios, tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente los recursos públicos. De otro lado, debe indicarse, que existe en doctrina una discusión respecto al tema "defraudación al

112

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3887-2009
APURIMAC

Estado", estableciéndose posiciones contrarias referidas al peligro potencial o real que debe sufrir el ente público para que se configure el delito de colusión; sin embargo, este Supremo Tribunal considera que para efectos de sustentar una sentencia condenatoria por el aludido ilícito penal, al ser un delito especial propio, la conducta típica requiere que el funcionario público competente concerté con particulares en la celebración o ejecución de un contrato u otro análogo para defraudar los intereses del Estado, exigiendo la tipicidad que el acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del Estado, debiendo acreditarse el perjuicio, no bastando sólo la concertación para perjudicarlo. **Cuarto:** Que, revisados los autos se advierte que mediante Ejecutoria Suprema de fecha once de setiembre de dos mil ocho, obrante en copia certificada a fojas mil cinco, la Primera Sala Penal Transitoria, declaró Nula la sentencia de fecha veinticuatro de agosto de dos mil seis, obrante a fojas ochocientos noventa y seis, bajo el fundamento de no haberse realizado las diligencias necesarias que conlleven a determinar si se cometió o no el delito materia de la presente investigación, ordenándose para tal efecto, la realización de algunas diligencias, entre éstas: **i)** la realización de una pericia contable que determine si hubo pago en exceso a la empresa contratista; **ii)** la realización de un peritaje comparativo que determine cual de las cuatro propuestas de las empresas que participaron en el proceso de adjudicación era la más beneficiosa; y, **iii)** la realización de un peritaje administrativo en el expediente técnico del Proceso de Selección de Adjudicación Directa cuestionado, a efectos de establecer si los errores incurridos en el desarrollo de dicho proceso administrativo (irregularidades imputadas al encausado) ocasionaron un

13

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3887-2009
APURIMAC

perjuicio real en la realización de la obra o sólo constituyen infracciones administrativas. **Quinto:** Que, realizado el nuevo juicio oral por otro Colegiado Penal Superior, y dándose cumplimiento a lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la República, entre otras, se realizaron las siguientes diligencias: **i)** El Informe del Peritaje Administrativo respecto al expediente técnico del Proceso de Selección de Adjudicación Directa que se cuestiona, obrante a fojas mil doscientos cincuenta y tres, suscrito por los Licenciados Administrativos Víctor Garate Luque y Juan Ramírez Cajamarca, en donde se estableció "*La transgresión de los procedimientos establecidos por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento; y que la elaboración de las Bases y la calificación de la propuesta por parte de los miembros del Comité Especial que tuvieron a cargo la Adjudicación Directa Pública número cero tres - noventa y nueve - MPA, afectó los principios de eficiencia y trato justo igualitario establecido en el artículo tres de la Ley número veintiseis mil ochocientos cincuenta - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*"; documento que fue materia de ratificación por sus suscriptores en la sesión de acto oral de fojas mil doscientos cincuenta y seis; y, **ii)** El dictamen pericial contable, suscrito por los peritos Efraín Ambia Vivanco y Víctor Raúl Ochoa Aguije, obrante a fojas mil doscientos noventa y ocho, en donde concluyeron que "*Se ha determinado la existencia de irregularidades en el proceso de selección, contratación y ejecución de la Obra Pavimentación de la avenida José María Arguedas (asfaltado en caliente), así como también la existencia de un pago en exceso realizado a la Empresa Contratista Desarrollo de Ingeniería Sociedad Anónima, ascendente a la suma de treinta y dos mil cuatrocientos diecinueve punto cero dos nuevos soles*", y "*Está determinado que la Empresa Desarrollo de Ingeniería Sociedad Anónima, no otorgó una Garantía de Seriedad de Oferta, incumpliendo las Bases y Expediente Técnico*"; así como la ampliación del referido dictamen pericial de fojas mil trescientos quince, que concluyó "*Que la propuesta hecha por la empresa Caritas Contratistas*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3887-2009

APURIMAC

Generales SCRLta, era la más conveniente para los intereses de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, en razón que fue la que presentó la propuesta económica mas baja de quinientos once mil trescientos cuarenta y cinco nuevos soles con sesenta y tres céntimos, frente a la propuesta económica presentada por la empresa Desarrollo de Ingeniería Sociedad Anónima por quinientos cincuenta y dos mil doscientos cincuenta y cuatro nuevos soles con sesenta y cuatro céntimos; así como también la empresa Caritas Contratistas Generales SCRLtda presentó el menor tiempo de ejecución (treinta días), frente a los sesenta días propuestos por la empresa ganadora "Desarrollo de Ingeniería Sociedad Anónima"; documentos periciales que fueron materia de ratificación por sus suscriptores en la sesión de acto oral. Se fojas mil trescientos diecinueve y mil trescientos veintitrés, respectivamente. **Sexto:** Que, siendo ello así, se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado Mosqueira Sotomayor en el delito imputado (colusión desleal), en su condición de integrante de la Comisión Especial para la Adjudicación de la Buena Pro para la ejecución de la obra "Asfaltado de la Avenida José María Arguedas", designada mediante Resolución de Alcaldía número ciento veintisiete – noventa y nueve – AL, de fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve, obrante a fojas cincuenta y nueve, al haber cometido las irregularidades advertidas en los informes periciales anotados en el considerando anterior, que estuvieron destinadas a beneficiar a la Empresa "Contratista Desarrollo de Ingeniería Sociedad Anónima", con el otorgamiento de la Buena Pro de la obra aludida, en detrimento del patrimonio económico del municipio agraviado; más aún, si se tiene en cuenta, que el artículo segundo de la mencionada Resolución de Alcaldía estableció expresamente "Encargar al Comité Especial la organización, conducción y ejecución de la integridad del proceso respectivo y todo acto necesario o conveniente para la Adjudicación de la Buena Pro correspondiente".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3887-2009

APURIMAC

Sétimo: Que, respecto a la pena impuesta al encausado Mosqueira Sotomayor, debe señalarse que para la dosificación punitiva o para los efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena y el *quantum* de éstas, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que se pueda individualizar judicialmente la pena y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme al artículo cuarenta y seis del Código Penal, que en tal sentido se advierte que las circunstancias que acompañaron al presente evento delictivo han sido analizadas correctamente por el Tribunal Superior, quien para efectos de la imposición de la pena correspondiente ha tenido en consideración la norma penal aplicable al presente caso (artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que prevé una pena privativa de libertad no menor de tres años), y las condiciones personales del imputado, esto es, que es agente primario en la comisión de hechos delictivos, conforme se advierte de su certificado de antecedentes penales de fojas doscientos ochenta y nueve. **Octavo:** Que, en cuanto al monto fijado por concepto de reparación civil, consideramos que resulta proporcional al daño ocasionado, en virtud al artículo noventa y tres del Código Penal, que establece que la reparación civil comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la

26

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3887-2009
APURIMAC

sentencia de fecha treinta y uno de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas mil trescientos treinta, en el extremo que condenó al encausado Gaspar Freddy Mosqueira Sotomayor, como autor del delito contra la Administración Pública – concusión, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas – El Estado, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el termino de tres años, bajo determinadas reglas de conducta; y fijó en ocho mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar en forma solidaria con su cosentenciado Félix Ascarza Oriundo a favor del agraviado; con lo demás que contiene, y los devolvieron.-

SS.

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO

NF/rjmr

PUBLICO CONFORME A LEY

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



**MINISTERIO PÚBLICO
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL**

EXPEDIENTE N° 79-2005
C.S. N° 3887-2009
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE APURÍMAC
DICTAMEN N° 1328 -2010-MP-FN-1ºFSP.

**SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:**

La Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, por sentencia de fs. 1330/1338, su fecha 31 de agosto del 2009, falla: **CONDENANDO** a **Félix Ascarza Orlundo** y **Gaspar Freddy Mosqueira Sotomayor** como autores del delito contra la Administración Pública - **Colusión Desleal**, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, y como tal, les impusieron, **cuatro años de pena privativa de libertad** con ejecución suspendida por el tiempo de tres años e **Inhabilitación** por el término de un año, y fijaron, en **ocho mil nuevos soles**, el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del ente agraviado.

I.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Contra dicha sentencia, el Superior Colegiado a fs. 1375, concedió el Recurso de Nulidad interpuesto por el procesado **Gaspar Fredy Mosqueira Sotomayor** a fs. 1369/1374, en el que muestra su disconformidad con la condena impuesta en su contra, considerando que en autos, no se ha acreditado la concertación y que todos los cuestionamientos en su contra son de índole administrativo, los que de modo alguno revisten contenido penal.

II.- DELIMITACIÓN DE LOS HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

Se incrimina a los encausados **Félix Ascarza Orlundo** y **Gaspar Freddy Mosqueira Sotomayor**, Ex - Director Municipal y Ex - Director de la Oficina de Acondicionamiento Territorial, respectivamente, de la **Municipalidad Provincial de Andahuaylas**, en su condición de miembros de la Comisión Especial para Procesos de Selección para la Adjudicación de la buena pro para la ejecución de la Obra "Pavimentación de la Avenida José María Arguedas", haber concertado con la **Empresa "Desarrollo e Ingeniería S.A"**, para otorgarle la buena pro, habiendo para ello, recurrido a un procedimiento irregular, con lo cual han ocasionado un perjuicio al Estado.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



**MINISTERIO PÚBLICO
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL**

III.- EVALUACION DEL MATERIAL PROBATORIO

De la revisión y análisis de los actuados, se advierte que se ha logrado acreditar fehacientemente la responsabilidad del procesado **Gaspar Freddy Mosqueira Sotomayor**, en la comisión del ilícito incriminado.

En efecto, su accionar ilícito ha quedado debidamente demostrado, al haberse establecido que existió un acuerdo previo entre los miembros de la Comisión Especial de Adjudicación nombrada por **Resolución de Alcaldía N° 127-99-AL de fs. 387/388** y conformada por los encausados **Mosqueira Sotomayor y Ascarza Oriundo**, con la empresa **Desarrollo de Ingeniería S.A.** para que otorguen a ésta, la buena pro en la **Adjudicación Directa N° 03-99-MPA** y se encargue de la ejecución de la **Obra "Pavimentación de la Avenida José María Arguedas"**, por la suma de S/. 552,254.64 nuevos soles, con un plazo de ejecución de 60 días, según es de verse del **Acta del Comité Especial de fecha 16 de julio de 1999 (fs. 401/407)**.

Con tal fin, en las **Bases del Proceso de Selección** (fs. 391/400), revisadas y firmadas por los procesados **Félix Ascarza Oriundo** (fs. 285/287 y 1093/1099) y **Gaspar Freddy Mosqueira Sotomayor** (fs. 1128/1134), según lo han admitido en sus respectivas declaraciones; permitieron para la presentación de la Garantía de Seriedad de Oferta, que la empresa ganadora presente una **Declaración Jurada Simple (fs. 129)**, cuando el Comité debió exigir una Carta Fianza emitida por una entidad sujeta a la Superintendencia de Banca y Seguros, teniendo en cuenta que se trataba de una Adjudicación Directa Pública, conforme se ha señalado en el **Peritaje Administrativo de fs. 1253/1255 (ratificado a fs. 1257/1258)**, y en la **Pericia Contable de fs. 538/540**, anotándose en el primer documento pericial, la existencia de una afectación a los Principios de Eficiencia y Trato Justo e Igualitario, previsto en la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Del mismo modo, contraviniendo el mencionado Ordenamiento Jurídico, con el fin de beneficiar a la **Empresa "Desarrollo de Ingeniería S.A."**, consideraron para la evaluación económica, un peso de 0.2 %, y para la oferta técnica, un peso de 0.8%; no obstante, la Ley establecía que el puntaje asignado debía ser igual a 100, de los cuales no menos de 50 puntos deberían ser asignados a la propuesta económica, salvo que se trate de consultoría, en cuyo caso, podía darse mayor peso a la propuesta técnica, lo cual no ocurría en el caso de autos pues todo estaba consignado en el Expediente Técnico de la Obra, según lo referido por los peritos contables, en el acto de ratificación llevado a cabo en el acto oral (fs.1319).

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



**MINISTERIO PÚBLICO
PRIMERA FISCALÍA SUPREMA PENAL**

A mayor abundamiento, se debe considerar las conclusiones del **Informe Pericial Contable de fs. 1315** (ratificado a fs. 1319/1320), en el que los peritos han señalado que la propuesta más conveniente a los intereses del municipio agraviado, era la de la Empresa **Caritas Contratistas Generales S.C.R. Ltda**, ya que no sólo presentó la propuesta económica más baja (S/. 511,345.63 nuevos soles) frente a la presentada por la Empresa "**Desarrollo de Ingeniería S.A**" (S/. 552,254.64), sino que, además, el tiempo de ejecución de la obra era menor (30 días) al propuesta por la empresa ganadora (60 días).

En tal sentido, los cuestionamientos formulados por el recurrente en su recurso impugnatorio, han perdido sustento con los elementos de prueba antes señalados, con los cuales se ha acreditado plenamente la responsabilidad del encausado **Mosqueira Sotomayor** en la comisión del delito incriminado. Siendo así, lo resuelto por el Colegiado se encuentra arreglado a ley.

IV.- OPINIÓN FISCAL:

En consecuencia, la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal es de Opinión que la Sala de su Presidencia declare **NO HABER NULIDAD** en la recurrida.

Lima, 30 de junio de 2010.



JAPB/MSV/OSG

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