

Lima, dieciséis de junio de dos mil diez

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el PROCURADOR PÚBLICO ANTICORRUPCIÓN DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALLAO contra la sentencia de fojas seis mil doscientos setenta, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, que absolvió a: **1.** Yván Palomino Rojas, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Freddy Hernández Tejada, Guillermo Jacinto Cisneros Tarmeño, Rosendo Juan Reyes Cañari, Margarita Angélica Benites Chacón, Santos Rafael Miranda Bueno y Zoila Ruth Vásquez Reyes de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión ilegal en agravio del Gobierno Regional del Callao. **2.** Yván Palomino Rojas, Rosendo Juan Reyes Cañari, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Oscar Paredes Paredes y Carlos Fernando Llanos Guiño de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Gobierno Regional del Callao. **3.** Rebeca Noemí Escobedo Santos de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de falsificación de documentos en agravio del Gobierno Regional del Callao. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el Procurador Público Anticorrupción del. Distrito Judicial del Callao en su recurso formalizado de fojas seis mil trescientos trece alega que los encausados defraudaron al Estado porque los costos y egresos ` que realizó el Gobierno Regional del Callao acreditan el acuerdo con los interesados, alejado de los intereses públicos. Que la sobrevaloración en las licitaciones públicas está probada con el Informe de la Contraloría General de la República número cero tres - dos mil cinco —CG - dos mil cinco. Que el dictamen pericial realizado por la Dirección de Policía contra la Corrupción número treinta y cinco — dos mil cinco afirmó que al promediarse indebidamente las cotizaciones de las motos Honda y Yamaha, que corresponden a bienes de distinta calidad y soporte técnico, se incrementó el valor referencial, de suerte que la sobrevaloración ascendió a doscientos treinta y dos mil nuevos soles. Que la sobrevaloración del mobiliario escolar tuvo lugar cuando el postor MAGENSA propuso como costo de adquisición importantes diferencias para el Gobierno Regional, que distan de propuestas idénticas realizadas a otros organismos públicos, por consiguiente, la sobrevaloración asciende a cuarenta y siete mil ochocientos veinticuatro nuevos soles con cincuenta y seis céntimos. Que en el caso de Maderera Castilla, por la adquisición de los módulos tres y seis, la sobrevaloración alcanzó la suma de ciento treinta y nueve mil doscientos treinta y ocho nuevos soles con cuarenta céntimos. Que, comparativamente, los contratos realizados por el

Ministerio de Educación e INFES presentaron propuestas menores que a las empresas que se concedieron la Buena Pro. Que la sobrevaloración de las motos ascendió a doscientos treinta y dos mil nuevos soles. Que la encausada Escobedo Santos, representante legal de MAGDA, está incurso en el delito de falsificación de documentos porque era esposa de un Congresista y pese a ello declaró no tener incompatibilidad alguna para intervenir en las licitaciones.

SEGUNDO: Que, según la acusación fiscal de fojas cinco mil doscientos noventa, son los hechos penalmente relevantes. Así:

- A. Los miembros del Comité Especial de la Licitación Pública Nacional número cero cero siete — dos mil tres — REGION CALLAO, Palomino Rojas, Dávila Arenaza y Hernández Tejada, aprobaron la buena pro a las empresas MAGENSA Sociedad Anónima Cerrada y Diseño Línea Uno Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, para la adquisición de mobiliario escolar (Módulos para Inicial, Educación Especial, Primaria, Secundaria y Profesores). El contrato con la primera empresa se suscribió el siete de mayo de dos mil cuatro por un monto de doscientos veinticinco mil uno nuevos soles con treinta y nueve céntimos, y el contrato con la empresa Mariscal Castilla Sociedad Anónima Cerrada, que se firmó con esta última firma porque la empresa ganadora no se presentó a la suscripción del contrato, se suscribió el veintiocho de mayo de dos mil cuatro por la suma de un millón seiscientos cincuenta y dos mil setecientos ochenta nuevos soles. Según el Informe de Verificación de Denuncias de la Contraloría General de la República, efectuada una revisión a las prestaciones similares contenidas en las propuestas técnicas de la mencionada licitación, la sobrevaloración alcanza el monto de ciento ochenta y siete mil sesenta y dos nuevos soles con noventa y seis céntimos.
- B. Los miembros del Comité Especial de la Licitación Pública Internacional número cero cero cinco — dos mil cuatro — REGION CALLAO, "Proyecto Mejoramiento de la seguridad Ciudadana en la Provincia Constitucional del Callao", Palomino Rojas, Hernández Tejada y Dávila Arenaza, aprobaron la buena pro a la empresa Desert Sport Recing Sociedad Anónima Cerrada para la adquisición de ochenta motocicletas para ciudad y veinte motocicletas para todo terreno por un monto de un millón doscientos treinta y dos mil cien nuevos soles con treinta céntimos. Esa cantidad no guarda relación con los precios de mercado para el ejercicio dos mil cuatro, y según la Contraloría General de la República la sobrevaloración asciende a doscientos treinta y dos mil nuevos soles. Aparte de la responsabilidad de los miembros del Comité Especial, también son responsables los funcionarios Benites Chacón —de la Oficina de Construcción—, Miranda Bueno —de la Oficina de Construcción—, Vázquez Reyes —Gerente Regional de Infraestructura—,

Cisneros Tarmeño —Jefe de Contabilidad— y Reyes Cañari —Jefe de Tesorería-, por haber dejado de observar sus funciones debido al cargo que cada uno ostentaba, defraudando de este modo al Gobierno Regional del Callao

- C. Los encausados Palomino Rojas —Gerente Administrativo—, Dávila Arenaza —Jefe de Logística—, Reyes Cañari —Jefe de Tesorería-- [miembros del Comité Especial encargado de los procesos de Licitación Pública y Concurso Público de Bienes y Servicios, así como de los procesos de Adjudicación Directa Pública, Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación Directa de Menor Cuantía de Bienes y Servicios: Resolución Ejecutiva Regional número cero cincuenta y ocho - dos mil cuatro —REGION CALLAO-PR, del doce de febrero de dos mil cuatro], Paredes Paredes —Jefe encargado de la Unidad de Menor Cuantía— y Llanos Guiño —Jefe encargado de la Unidad de Menor Cuantía—, pese a conocer que la empresa "Inversiones Magda Sociedad Anónima", de propiedad de la encausada Escobedo Santos, cónyuge del Congresista Alberto Atenagros Cruz Loyola, no podía ser postor ni contratar con el Estado por impedirlo el artículo nueve, literales a), c) y d) del Texto Único Ordenado de la Ley de Contratación y Adjudicaciones del Estado, se interesaron en que dicha empresa participe como postor y gane la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero trece - dos mil cuatro -REGION CALLAO y las Adquisiciones de Menor Cuantía número dos mil ciento cincuenta y cuatro - dos mil cuatro y dos mil cuatrocientos treinta y ocho - dos mil cuatro - REGION CALLAO, destinadas a la adquisición de lubricantes y grasas, aceite hidráulico y baterías de diversas placas para el Proyecto Piloto "El Mirador", respectivamente, a consecuencia de lo cual obtuvo un beneficio global de doscientos veinte mil novecientos uno nuevos soles con cincuenta y dos céntimos.
- D. La encausada Escobedo Santos, Gerente General de Inversiones Magda Sociedad Anónima, participó a través de dicha empresa en los procesos de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero trece - dos mil cuatro — REGION CALLAO y las Adquisiciones de menor cuantía número dos mil ciento cincuenta y cuatro - dos mil cuatro y dos mil cuatrocientos treinta y ocho — dos mil cuatro - REGION CALLAO, a cuyo efecto presentó una declaración jurada que expresaba que no tenía ningún impedimento para participar en el proceso de selección —véase fojas quinientos noventa y tres, quinientos noventa y cuatro y quinientos noventa y seis —, pese a su condición de cónyuge del congresista Cruz Loyola, lo que le impedía intervenir en esas contrataciones públicas.

TERCERO: Que el señor Fiscal estimó que ocho encausados: Palomino Rojas, Dávila Arenaza, Hernández Tejada, Cisneros Tarmeño, Reyes Cañari, Benites, Chacón, Miranda Bueno y Vásquez Reyes, incurrieron en la comisión del delito de colusión ilegal; cinco encausados: Palomino Rojas, Reyes Cañari, Dávila Arenaza,

Paredes Paredes y Llanos Guiño, cometieron el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo; y una encausada: Escobedo Santos perpetró el delito de falsificación de documentos.

CUARTO: Que, en cuanto a los hechos tercero y cuatro -literales C) y D) del fundamento jurídico segundo—, cuyo núcleo es el presunto impedimento legal para que la empresa Inversiones Magda Sociedad Anónima participe en los procesos de contratación pública, el Tribunal de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado en cuatro decisiones, expedidas en diciembre de dos mil cinco y enero de dos mil seis, y recaídas en los procesos de contratación públicas objeto del presente proceso penal (fojas cuatro mil trescientos cincuenta y tres a cuatro mil trescientos sesenta y siete), declaró que a la fecha de celebración de los contratos el Congresista Cruz Loyola no era accionista de esa empresa —el transfirió sus acciones a sus hijas el veintisiete de marzo de dos mil dos— y, además, la restricción para ser postor esta relacionado con el ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenece las funciones del congresista — el Gobierno Regional del Callao no esta supeditado ni forma parte del ámbito de la jurisdicción del Congreso—.

En tal virtud, vista la decisión del órgano administrativo competente para su calificación, es de concluir que los cargos derivados de esos hechos: negociación incompatible y falsificación de documentos, carecen de relevancia penal.

La absolución esta arreglada a Ley. La impugnación de la parte civil debe desestimarse.

QUINTO: Que, respecto de los cargos por delito de colusión, materia de los hechos primero y segundo —literales A) y B) del fundamento jurídico segundo, es de resaltar, dos datos trascendentes de carácter preliminar.

A. El delito de colusión requiere que el funcionario público, en el ejercicio abusivo de su cargo -lesionando deberes del cargo que desempeña—, defrauda al Estado — asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado concertándose con los interesados —la conducta defraudatoria se expresa en la celebración o ejecución de un contrato público acordando con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de la que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación-. Ello implica, como es obvio, que el particular participa del injusto típico como participe necesario --se trata de un delito de encuentro— y, por ende, debe ser objeto de imputación, pues sin ellos, en tanto en cuanto realicen un aporte al hecho común, seria impracticable la tipicidad del delito. Si se tiene en cuenta que se atribuye una sobrevaloración de los bienes vendidos al Gobierno Regional del Callao, el hecho de no imputarse cargos a los titulares identificados de la empresas que ganaron la buena pro, resta fuerza a la acusación y no permite, de inicio, estimar maniobras conjuntas de concertación defraudatoria en perjuicio de la hacienda pública.

B. La base de la incriminación esta en el "Informe de Verificación de Denuncias número cero tres — dos mil cinco CG/GDPC", de fojas noventa y tres a trescientos cuarenta y cinco. Según su texto, los bienes adquiridos en las cantidades cuestionadas no guardan relación con los precios de mercado para el ejercicio dos mil cuatro. Sin embargo, ese Informe no es una auditoria gubernamental completa o acabada, solo es producto de una acción de control denominada "acción rápida", regulada por la Directiva numero cero once — dos mil cuatro — CG/GTDPC, que requiere para su confirmación de una investigación ampliatoria —que ha de ser realizada por la correspondiente Unidad Técnica Especializada de la Policía Nacional—. Según los auditores que lo elaboraron se trató de un informe en base a documentos, en el que se compararon precios de adquisiciones similares, pero no es un informe acabado --declaraciones plenariales de fojas seis mil ciento cuarenta y seis mil ciento cuarenta y tres--.

SEXTO: Que como el aspecto esencial de lo que, de cara a las exigencias típicas, debe probarse en autos es la existencia del pacto colusorio a partir de la determinación de precios por encima del mercado en el año dos mil cuatro, es evidente que un simple análisis de comparación externa de diversos procesos de contratación pública resulta insuficiente, en la medida en que se requiere de informes de tasación que revelen inconcusamente, comparando precios de los mismos productos y en las mismas condiciones, una sobrevaloración inexplicable y lesiva al interés estatal. Tales constataciones no se han realizado.

La investigación policial reflejada en el Atestado Policial número ciento diez — dos mil cinco — DIRCOCOR PNP DNPACGR/E2, de fojas dos a noventa y uno, no agregó nuevos datos. Las declaraciones de los funcionarios imputados y de otros funcionarios del Gobierno Regional del Callao prestadas en sede preliminar, sumarial y plenarial, así como del Gerente General de Honda del Perú Sociedad Anónima — declaración plenarial de fojas seis mil ciento treinta y nueve— insisten en la corrección administrativa de su conducta y en que no negociaron o pactaron precios artificialmente elevados para perjudicar la hacienda pública y beneficiarse a expensas de ella. No existe prueba en contrario.

La pericia número treinta y cinco — dos mil cinco —DIRCOCOR—PNP/DIVAMPDICE de fojas tres mil seiscientos cuarenta y cinco precisó lo siguiente:

A. Respecto del primer cargo, anotó que no existe documentación suficiente para efectuar una comparación de precios ofertados por las firmas MAGENSA, Maderera Mariscal Castilla y otras empresas al Ministerio de Educación e INFES. Por ende, queda descartada por la propia instancia administrativa—policial la referida imputación.

B. En lo atinente al segundo cargo, apuntó que se promedió indebidamente las cotizaciones de motocicletas para todo terreno y de ciudad obtenidas de las empresas Honda del Perú Sociedad Anónima y Yamaha Motor del Perú Sociedad Anónima, que correspondían a bienes de distinta calidad y soporte técnico, incrementándose el valor referencial en ciento cincuenta y ocho mil cien nuevos soles y, consecuentemente, la existencia de una presunta sobrevaloración ascendente a doscientos treinta y dos mil nuevos soles con relación al precio ofertado y pactado a la empresa Desert Sport Racing Sociedad Anónima Cerrada, ganadora de la Buena Pro. Sin embargo, como se ha enfatizado en el primer párrafo de este fundamento jurídico, y lo resalta el señor Fiscal Supremo en lo Penal, esas inferencias no parten de una premisa fáctica consolidada pericialmente, por tanto, no tienen entidad para fundar un juicio condenatorio.

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, la prueba de cargo no cumple con el requisito de suficiencia, en tanto regla de juicio, para enervar la presunción constitucional de inocencia de los acusados. No se ha probado, más allá de toda duda razonable, que los imputados se concertaron con los titulares de las empresas privadas que ganaron la buena pro, y que en connivencia con estos últimos sobrevaloraron los precios de los bienes adquiridos por el Gobierno Regional del Callao perjudicando la hacienda pública.

La absolución esta arreglada a derecho. El recurso acusatorio debe rechazarse.

DECISION

Por estos fundamentos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas seis mil doscientos setenta, del veinticuatro de marzo de dos mil nueve, que absolvió a: **1.** Yván Palomino Rojas, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Freddy Hernández Tejada, Guillermo Jacinto Cisneros Tarmeño, Rosendo Juan Reyes Cañari, Margarita Angélica Benites Chacon, Santos Rafael Miranda Bueno y Zoila Ruth Vásquez Reyes de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión ilegal en agravio del Gobierno Regional del Callao; **2.** Yván Palomino Rojas, Rosendo Juan Reyes Cañari, Víctor Demetrio Dávila Arenaza, Oscar Paredes Paredes y Carlos Fernando Llanos Guiño de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en agravio del Gobierno Regional del Callao; **3.** Rebeca Noemí Escobedo Santos de la acusación fiscal formulada en su

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 2106- 2009/ CALLAO**

contra por delito de falsificación de documentos en agravio del Gobierno Regional del Callao; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.—

Ss.

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SANTA MARIA MORILLO

CSM/jsa.