

¡EL NEGOCIO ES EL PEAJE!:

COMENTARIOS A LA SENTENCIA CONDENATORIA DE ALEXANDER KOURI BUMACHAR

Por: Ingrid Díaz Castillo

Profesora de Derecho Penal en la PUCP e investigadora del DEPEC



©larepublica.pe

1. Introducción

El 30 de junio del presente año, la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima condenó a Alexander Kouri Bumachar como autor del delito de colusión agravada en contra del Estado. Como consecuencia de ello, la Sala le impuso al ex alcalde del Callao, cinco años de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por el término de tres años y una reparación civil ascendente a veintiséis millones de soles.

La sentencia determinó que el procesado benefició a la empresa CONVIAL CALLAO SA en el otorgamiento y ejecución del contrato de concesión de la

Vía Expresa del Callao cuando este se desempeñaba como alcalde provincial de la comuna chalaca.

La decisión judicial ha causado especial revuelo porque se trata de uno de los casos de corrupción en la contratación estatal más escandaloso de los últimos años. Si se hace memoria, existe incluso un vladivideo en el cual Alexander Kouri explica con una sola frase la relevancia de la obra: “*El negocio es el peaje*”.

En efecto, los favorecimientos aludidos permitieron que CONVIAL CALLAO SA cobrara peaje por el tránsito vehicular de los dos únicos kilómetros de la obra que implementó. Con ello, se calcula que la empresa obtuvo una ganancia aproximada de doce millones de soles que todos los que transitaban dicha vía inconclusa, pagaron arbitrariamente.

La importancia de esta sentencia en términos de lucha contra la corrupción requiere su evaluación, por ello, se revisará y comentará brevemente en lo que sigue, sus puntos más importantes.

2. Resumen de los hechos del caso

- En junio de 1999, el entonces alcalde provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar, declaró en emergencia la red vial del Callao y convocó a concurso público la construcción de la Vía Expresa del Callao. Esta convocatoria fue realizada unilateralmente por el burgomaestre, a pesar que el plan de desarrollo urbano exigía la participación del Ministerio de Transportes.
- A dicho concurso se presentó CCI Concesiones Perú, que posteriormente varió su denominación a CONVIAL CALLAO SA. Esta empresa tenía como accionista a Ingenieros Civiles & Contratistas Generales SA ICCGSA, que a su vez tenía como accionista y director a Roberto Dall’orto Lizárraga.
- Este último mantenía vínculo de parentesco con Augusto Dall’orto Falconi, a pesar de lo cual, Alexander Kouri Bumachar le designó como Presidente del Comité de Concesión de la obra Vía Expresa del Callao.
- Kouri Bumachar mantenía además, vínculo de amistad y posteriormente de parentesco con ambos actores, y es que, a los pocos meses de designar a Augusto Dall’orto Falconi, contrajo matrimonio con su hija.

- Establecido el vínculo de parentesco político, Augusto Dall'orto Falconi renunció a su cargo; sin embargo, Kouri Bumachar designó como nuevo Presidente del Comité de Concesión a Edgar Barriga Calle, socio de Dall'orto Falconi en Barriga Dall'orto SA Ingenieros Consultores, quien otorgó el contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao a CONVIAL CALLAO SA.
- Este otorgamiento fue realizado a pesar que la empresa no cumplía con las exigencias establecidas en las bases del concurso. En efecto, CONVIAL CALLAO SA no presentó carta fianza por un millón de dólares, balances auditados ni los documentos que acreditaran su capacidad de crédito, pero lo más grave, es que la empresa no tenía el capital suficiente para hacerse cargo de la obra.
- Por esta razón, la empresa firmó con la Municipalidad Provincial del Callao un contrato preparatorio que le permitió recaudar el capital requerido hasta que pudiera firmar el contrato definitivo. Es decir, en vez de descalificar a la empresa por serios incumplimientos de las bases del concurso, se le otorgó injustificadamente la garantía de firmar el contrato definitivo a cuenta de que obtenga el capital requerido.
- Posteriormente, firmado el contrato y ya en la etapa de ejecución, la Municipalidad Provincial del Callao firmó el 10 de enero del 2005 y el 3 de marzo del 2006, respectivamente, dos adendas al contrato de concesión. Estas adendas favorecieron a CONVIAL CALLAO SA de la siguiente manera:
 - a. Permitieron la suspensión injustificada de diversas prestaciones propias de la construcción de la obra. Dicha suspensión, que no contó con respaldo técnico, evitó que la concesionaria invirtiera la suma de US\$ 2'724,755.20 en la obra.
 - b. Ante la demora en la construcción de los tramos B y C de la obra, que regularmente acarrearía la resolución del contrato y el cobro de penalidades a la empresa, la adendas aprobaron el otorgamiento injustificado de un plazo adicional para el inicio de la construcción de dichos tramos, con lo cual, se evitaron las consecuencias referidas en desmedro del Municipio.

- c. A pesar de las demoras e incumplimientos señalados en los puntos a) y b), las adendas aprobaron la ampliación de la concesión de un tramo de la vía y otorgaron el derecho de avisaje publicitario y explotación comercial a la empresa.
 - d. Las adendas permitieron también que la empresa cobre de forma automática el peaje correspondiente a los trabajos finalizados del tramo A. Ello a pesar que el propio contrato establecía la realización de mayores prestaciones para el otorgamiento de dicho beneficio.
 - e. Por último, las adendas aprobaron la reconducción del canon destinado al fondo fiduciario de carácter público, a uno cuya administración y asignación quedarían a disposición de CONVIAL CALLAO SA.
- A partir de los hechos brevemente descritos, la Contraloría General de la República elaboró en octubre del 2007 el Informe Especial N° 172-2007-CG/OEA "Irregularidades en el sustento de la necesidad de la concesión, concurso de proyectos integrales, suscripción de contrato y ejecución contractual en la concesión de la Vía Expresa del Callao" y en diciembre del mismo

«La decisión judicial ha causado especial revuelo porque se trata de uno de los casos de corrupción en la contratación estatal más escandaloso de los últimos años. Si se hace memoria, existe incluso un vladivideo en el cual Alexander Kouri explica con una sola frase la relevancia de la obra: "El negocio es el peaje".»

año, el Informe Especial N° 240-2007-CG/OEA “Irregularidades en el concurso de proyectos integrales y en la ejecución contractual de la concesión de la Vía Expresa del Callao”. Ambos informes, dieron lugar a la denuncia presentada por el Ministerio Público contra Alexander Kouri Bumachar por el delito de colusión entre otros, en agravio del Estado.

3. El proceso penal y la decisión judicial

Interpuesta la denuncia en contra de Alexander Kouri Bumachar e iniciado el proceso penal, el Ministerio Público consolidó la acusación contra aquel, por el delito de colusión agravada. Para el Ministerio Público, la conducta desplegada por el procesado en el procedimiento de contratación, configuraba el tipo penal contenido en el artículo 384° del Código Penal peruano, vigente al momento de cometidos los hechos.

De acuerdo al referido tipo penal, la conducta sancionada era la siguiente:

“Artículo 384.- 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.”

Para la acusación fiscal, la conducta de Kouri Bumachar se adecuaba a la descrita por el tipo penal, en tanto se trataba de un funcionario público (alcalde) que intervino por razón de su cargo en un contrato de concesión (modalidad de contratación comprendida en el término *cualquier otra operación semejante*) y que defraudó al Estado (patrimonialmente, por ello la aplicación de la pena más alta) concertándose con los interesados en el contrato de concesión.

No obstante, el problema de la acusación -puesto de manifiesto en la sentencia bajo comentario- radica en que no determinó nítidamente, con qué personas se concertó Kouri Bumachar para beneficiar a CONVIAL CALLAO SA. La acusación fiscal, según refiere la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, parecía orientarse a considerar que el

ex alcalde chalaco se coludió con Mario Ernesto Ángel Guasco (Representante legal de la empresa); sin embargo, luego del debate oral, el Ministerio Público determinó que Kouri Bumachar pactó ilícitamente con Augusto Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga.

Este giro procesal, como le ha denominado la Sala, no fue óbice para que dictara sentencia condenatoria en contra del ex burgomaestre chalaco. Al respecto, la decisión judicial estableció lo siguiente:

“Esta sustancial variación origina que el presupuesto fáctico acusatorio inicial haya sido dejado de lado y se plantee uno nuevo a la conclusión del debate oral penal, no obstante dicha variación no modifica la conducta atribuida al acusado Kouri Bumachar desde el inicio del proceso, esto es haber concertado con los interesados particulares, para otorgar la buena pro en el concurso público de concesión convocado por su representada, situación que debe ser evaluado procesal y sustancialmente”¹.

Por ello, la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó sentencia condenatoria en contra del procesado y remitió copia de los actuados al Ministerio Público para que inicie las investigaciones en contra de Augusto Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga por el delito de colusión agravada.

4. Análisis de las consideraciones jurídicas: El delito de colusión como delito de encuentro y el Principio acusatorio

A propósito de la decisión judicial asumida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, son dos las consideraciones jurídicas que pueden serle cuestionadas:

- Primero, si el delito de colusión requiere la acreditación de la concertación entre el funcionario público y el particular interesado, dicha acreditación no se habría realizado en el caso, por cuanto sólo se juzgó a Kouri Bumachar por los favorecimientos a CONVIAL CALLAO SA y no a Augusto Dall’orto Falconi ni a Roberto Dall’orto Lizárraga.

¹ Fundamento 9.1 de la sentencia.

- Segundo, de acuerdo al Principio acusatorio la acusación fiscal determina los hechos materia de enjuiciamiento; por tanto, no podría acogerse la tesis del Ministerio Público en la etapa final del juicio oral, según la cual Kouri Bumachar se habría coludido con Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga.

El primero de los posibles cuestionamientos a la sentencia tiene que ver con la consideración de la colusión como delito de encuentro. Como se sabe, la configuración del delito de colusión requiere la acreditación de la concertación, vale decir, el acuerdo entre el funcionario público y el particular que persiga defraudar al Estado en un procedimiento de contratación estatal.

Al exigir una conjunción de voluntades, la colusión constituye un delito de participación necesaria o encuentro² en el que resulta imprescindible la intervención de ambas partes. Por ello, la doctrina nacional ha afirmado que “sería impracticable el delito de colusión defraudatoria si no existen interesados”³.

En el presente caso, sin embargo, no se trata de la ausencia de terceros interesados en el otorgamiento y ejecución del contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao. Del recuento ordenado de los hechos, queda claro que Kouri Bumachar favoreció a terceros vinculados a CONVIAL CALLAO SA con los cuales acordó previamente ventajas en el procedimiento de contratación estatal.

En esa medida, el problema no estuvo en la determinación de la concertación, como elemento central del tipo penal, sino en la identificación de las personas con las cuales se llevó a cabo el mencionado acuerdo.

Respecto al Principio acusatorio, conviene recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC 2005-2006-HC/TC:

“La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador,

² Expediente N° 20-003-AV. En el mismo sentido, Expediente N° 30-2010, R.N. 1295-2007, Expediente N° 30-2010, en: GRUIMARAY MORI, E. (ed.), *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, págs. 71-73.

³ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 428.

de manera que si el Fiscal no formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”.

En el caso bajo estudio, el Principio acusatorio ha sido respetado. En primer término, porque el Ministerio Público formuló acusación contra Alexander Kouri Bumachar por la comisión del delito de colusión agravada en base a hechos debidamente probados a lo largo del proceso penal.

En segundo lugar, la condena emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima se realizó en base a los fundamentos de hecho y derecho presentados en la acusación fiscal contra Kouri Bumachar. Estos se circunscribieron a la firma de las dos adendas del contrato de concesión que, entre otras cosas, permitieron que CONVIAL CALLAO SA cobrara el peaje a pesar de no cumplir los requisitos para ello.

Finalmente, la Sala no se atribuyó poderes de dirección material en el proceso pues, considerando razonable la posición final del Ministerio Público, ordenó que se le remitan los actuados para investigar a Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga.

5. Conclusión

La condena impuesta al ex alcalde del Callao, Alexander Kouri Bumachar, se fundamenta en una serie de favorecimientos acreditados que beneficiaron a la empresa CONVIAL CALLAO SA en el otorgamiento y ejecución del contrato de concesión para la construcción de la Vía Expresa del Callao.

Las maniobras realizadas por el procesado, antes y durante el procedimiento de contratación estatal, permitieron que la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, determinara el acuerdo parcializado que aquel mantuvo en favor de personas vinculadas a la empresa.

Con esta condena, se ha sancionado uno de los tantos casos de corrupción en la contratación estatal, que además de perjudicar económicamente al Estado, ha perjudicado a los miles de usuarios que pagaron peaje por una obra inconclusa y que al día de hoy, no reporta ningún beneficio a la ciudad.