

4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

Lima, veinticuatro de octubre de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público y la Procuraduría Pública, a cargo de los asuntos judiciales del MINCETUR, contra la sentencia absolutoria de fecha doce de agosto de dos mil once, de fojas mil novecientos treinta; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo RODRÍGUEZ TINEO, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

ANTECEDENTES:

Primero: Fundamentos de Agravios:

A.- Que, el representante de la Procuraduría Pública, mediante escrito impugnatorio de fojas mil novecientos noventa y cinco, fundamenta su recurso de nulidad en los siguientes términos:

- 
- i) El Banco Interamericano de Desarrollo autorizó mediante documento "no objeción", la propuesta económica planteada por la empresa Opción EIRL en el proceso de selección, por un monto total, incluido impuesto general a las ventas, de ochenta y cinco mil nuevos soles, los acusados, sin autorización de esta entidad, deliberadamente le pagaron un monto mayor de cien mil trescientos nuevos soles, conforme se desprende de la cláusula tercera del contrato, evidenciándose un exceso de pago de quince mil trescientos nuevos soles en perjuicio del Estado.

 - ii) Los miembros del Comité no se sujetaron a los criterios establecidos para la selección de la firma ganadora, tal es así que, al evaluar a las empresas postoras, los encausados le otorgaron a Opción un máximo puntaje en el giro de negocios, no obstante tener un objeto social ajeno al requerido para la consultoría; y en cuanto a la propuesta técnica, le otorgaron el primer lugar de mérito, pese a que dicho documento se encontraba sin firma alguna, sin membrete ni sello que permita identificar la procedencia del documento o vincular a la empresa que la habría presentado.

 - iii) La Sala Penal no ha valorado que en autos no obra en los archivos de CENFOTUR, el informe final con visto bueno de esta entidad con la
- 

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

aprobación del BID, que debió presentar la empresa Opción, previamente a su pago, conforme la cláusula tercera del contrato de fecha 12 de febrero de 2003.

B.- El representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad de fojas dos mil cuatro, alega lo siguiente:

- i) En la actividad probatoria, erróneamente se ha limitado a ponderar la inexistencia de la prueba directa del acuerdo colusorio, siendo de difícil probanza en esta clase de delitos, generando impunidad, conforme se desprende de la sentencia recurrida, al dejar de lado la prueba indiciaria, entendida como un encadenamiento lógico de diversos indicios que concluyen objetivamente que el hecho imputado es la única explicación posible para revelar la conducta de los acusados.
- ii) En el juicio oral quedó acreditado que las empresas postoras eran calificadas, se cuestiona, el pago indebido a favor de estas, debido a que la cifra presentada en la propuesta económica del proceso de selección, por la cual se les otorgó indebidamente la buena pro, es menor a la que figura posteriormente en el contrato, originando un pago en exceso, conforme así lo han señalado los peritos en juicio oral, en tanto que la empresa Opción EIRL, propuso un servicio de consultoría (propuesta económica) por un importe de setenta y dos mil treinta y cuatro nuevos soles más doce mil novecientos sesenta y seis, nuevos soles por concepto de IGV, resultando una propuesta de ochenta y cinco mil nuevos soles, sin embargo, se le pagó, conforme contrato cien mil trescientos nuevos soles, de los cuales ochenta y cinco mil nuevos soles fueron por concepto de servicio y quince mil trescientos nuevos soles por impuesto general a las ventas, habiéndose pagado en exceso por servicio de consultoría doce mil novecientos sesenta y seis nuevos soles y dos mil trescientos treinta y cuatro nuevos soles por concepto de impuesto general a las ventas, haciendo un total de quince mil trescientos nuevos soles.

Segundo: Hipótesis de la Imputación Penal

Según la acusación fiscal de fojas mil ciento diecinueve, subsanada a fojas mil noventa y uno, se le acusó a los procesados Carlos Alberto Urdanivia Rosas y Miguel Abner Calderón Rivera, como autores y a Daymo Alfonso Bezada Rubio,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

como cómplice primario, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Centro de Formación en Turismo – CENFOTUR, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR, y el Estado, solicitando se les imponga a los dos primeros ocho años y al último siete, años de pena privativa de libertad, los hechos se circunscriben a razón del "CONVENIO DE COOPERACIÓN TÉCNICA NO REEMBOLSABLE número ATN/MH guión seis mil trescientos setenta y siete, para el DESARROLLO DE ESTÁNDARES NACIONALES DE MEDICIÓN DE HABILIDADES Y PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN PARA EL SECTOR TURISMO", suscrito entre CENFOTUR y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) -administrador del Fondo Multilateral de Inversiones, de fecha veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve, se puso a disposición de CENFOTUR una contribución no reembolsable ascendente a la suma de un millón ochenta mil dólares americanos, aportando asimismo CENFOTUR el monto de setecientos veinte mil dólares americanos, ascendiendo a un total de un millón ochocientos mil dólares americanos, destinados a la contratación de servicios de consultoría y la adquisición de bienes necesarios para la realización del proyecto, en cuyo fin se acordó que CENFORTUR sería la unidad ejecutora encargada de la licitación pública, para viabilizar los dos servicios, siendo uno de ellos la "ELABORACIÓN DE UN BANCO DE PRUEBAS PARA EL DIAGNÓSTICO FORMATIVO DE RECURSOS HUMANOS DEL SECTOR HOTELERO Y TURÍSTICO" y "SISTEMATIZACIÓN DE LA EXPERIENCIA DEL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE COMPETENCIA LABORAL PARA EL SECTOR HOTELERO Y TURISMO", conforme a la forma y pautas de selección previstas en los anexos "b" y "c" del citado convenio, nombrándose como Director Ejecutivo de los Proyectos a Miguel Abner Calderón Rivera. Sobre la base de este antecedente, se atribuye a Calderón Rivera, haber propiciado la conformación de los miembros del Comité de Pre-selección y Selección de ambas prestaciones con personas de su entorno, no estableciendo criterios objetivos de calificación de las empresas postoras ni la determinación de las funciones del Comité, conforme lo disponía el convenio macro; de igual, forma se atribuye a Carlos Alberto Urdanivia Rosas, en su calidad de Jefe del Área de Logística y miembro del comité de Pre-selección y Selección, haber facilitado indebidamente el accionar de su co-inculpado Miguel Abner Calderón Rivera, también miembro del Comité de Selección, incumpliendo con sus obligaciones, concertando entre sí y con Daymo Alfonso Bezada Rubio, representante de la empresa Representaciones Servicios y Logística Industrial - OPCION EIRL, para lo cual Miguel Abner Calderón Rivera efectuó una inadecuada calificación de las demás empresas postoras,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

otorgando puntajes que no correspondían, no llegándose a reunir los demás miembros del Comité para evaluar las propuestas, en ninguno de los dos procesos de selección, quienes al ser de su entorno no observaban y avalaban dichas irregularidades, a fin que la postora Opción EIRL y Capital Humano y Social Sociedad Anónima, resulten respectivamente beneficiadas con la adjudicación de la buena pro, y con ello favorecerse con los contratos de cada consultoría, pagando un exceso de quince mil trescientos nuevos soles a favor de Opción EIRL y quince mil seiscientos once nuevos soles con cuarenta céntimos, a favor de la empresa Capital Humano y Social Sociedad Anónima. Finalmente, se atribuye a Daymo Alfonso Bezada Rubio, representante de la empresa Opción EIRL, no obstante no tener su representada experiencia ni la calificación técnica necesaria, dedicada a un objeto social distinto al requerido en el concurso, sin contar con un consultor ni con las condiciones mínimas exigidas en el Convenio, haber sido beneficiada con un pago superior al ofrecido en su propuesta económica por la cual, precisamente se le adjudicó la buena pro.

FUNDAMENTOS:

Tercero: Fundamentos Jurídicos:

Que, respecto al delito de colusión, vigente a la época de los hechos, este tipo penal se encuentra previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se tipifica cuando *“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”*.

Este tipo penal no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *“neminem laede”* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS Günther. *Derecho Penal Parte*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes).

Esta exigencia formal - de “funcionario o servidor público”- debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, (Vid., GARCÍA CAVERO, Percy *Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal*, en: Percy García Caveró y José Luis Castillo Alva “*El delito de Colusión*”, editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página treinta y dos) toda vez que su sustento está en el “deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que, para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios efectuaron el *acuerdo colusorio* y si tuvieron en su ámbito institucional -funcional- la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

Cuarto: Análisis de los agravios:

En este sentido, compulsados los agravios alegados por los recurrentes, dentro del contexto probatorio y lo actuado a nivel del juicio oral, no ha quedado acreditado que los procesados se hayan concertado con los interesados; así:

4.1 Uno de los cargos incriminatorios contra estos encausados es: el Informe Especial número cero cero ocho guión dos mil seis guión cero dos guión cinco tres cero dos, denominado “IRREGULARIDADES EN EL TRÁMITE DE PROCESOS DE SELECCIÓN Y EN LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DE CONTRATOS DEL CENTRO DE FORMACIÓN EN TURISMO CENFOTUR”, elaborado por el órgano de Control Institucional del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR, de fojas quince, sin embargo, en el desarrollo de los debates orales, la auditora Angélica Fonken Alejos, en sesión de audiencia de juicio oral obrante a fojas mil quinientos treinta y tres, aún cuando ésta se ratifica de las conclusiones del informe antes mencionado, ante las preguntas formuladas por las partes y los miembros del Colegiado Superior, señaló haber elaborado el referido Informe con la documentación que tuvo a la vista y que fue alcanzada en ese momento, lo cual denota que el informe base de la acusación fiscal no contiene toda la documentación proporcionada para su elaboración, y por ende, no resulta ser un medio de prueba suficiente dotado de fuerza probatoria y que permita enervar la presunción de inocencia de los encausados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

4.2 Con respecto a que la empresa OPCIÓN EIRL no presentó sus informes finales de la consultoría llevada a cabo, así como tampoco documentación respecto al personal que se encargaría de realizar los trabajos, ello con la finalidad de acreditarse el acuerdo colusorios, sin embargo, lo cierto es que la empresa sí cumplió con presentar su propuesta técnica, conforme consta de fojas sesenta y ocho a ochenta y uno, del "Tomo A", así mismo, con la carta con la cual se remite dicha propuesta del proyecto, contiene de acuerdo a los parámetros establecidos para el desarrollo de la consultoría, el personal técnico con el que contaba la empresa para el desarrollo de la misma, carta que a su vez fue remitida al Banco Interamericano de Desarrollo, para su no objeción, conforme consta a fojas mil cuatrocientos cuarenta y nueve, "Tomo D"; lo que dio lugar a que el Banco luego de haber analizado la documentación sustentatoria da su conformidad a la evaluación de la propuesta técnica, pudiendo continuar con las negociaciones correspondientes con la firma OPCIÓN EIRL.

4.3 En cuanto al incumplimiento de la empresa OPCIÓN EIRL relativo a la no presentación de su informe final por la consultoría realizada, si bien no aparece en autos el informe final correspondiente, sí se colige del expediente documentación que da cuenta que dicho informe final existió y que fue debidamente analizado tanto por el Proyecto BID - CENFOTUR, como por el propio BID, prueba de ello, obra la carta número cero setenta y dos guión cero tres / PB, dirigido a Juan Pablo Severi, Especialista Sectorial del Banco Interamericano de Desarrollo, de fecha ocho de abril de dos mil tres, emitido por Miguel Abner Calderón Rivera, Director Ejecutivo, obrante a fojas mil cuatrocientos cuarenta, a través de la cual se remite el informe final y la evaluación de desempeño de la empresa OPCIÓN EIRL, expresando su plena conformidad con el resultado de la consultoría así como el mencionado informe, solicitando la no objeción del Banco a fin de procederse con el último pago a la empresa de acuerdo al contrato. Finalmente, otro medio de prueba que acredita la existencia del referido informe es el fax de fecha veintidós de abril de dos mil tres, obrante a fojas mil cuatrocientos treinta y nueve, del "Tomo D", con la que el Banco Interamericano de Desarrollo, da cuenta que se ha recibido el informe final de la consultoría realizada por la empresa OPCIÓN EIRL, la misma que cuenta con la aprobación de la unidad ejecutora del programa; así como la evaluación de desempeño.

4.4 Por otro lado, otro indicio que prueba la inexistencia del acuerdo colusorio, es la Pericia Contable, obrante a fojas ochocientos quince del "Tomo B",

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

elaborado por los peritos contables de la Policía Nacional del Perú, los señores Augusto Condorchua Villaverde y José Ambrosio Luis López, quienes en su análisis pericial respecto a la existencia de perjuicio económico causado al patrimonio del Estado, concluyen: debido a un inadecuado sistema de control contable y administrativo tanto previo como posterior, el CENFOTUR suscribió los contratos con las empresas consultoras por importes mayores a las propuestas económicas que en su momento detallaron, adicionando dieciocho por ciento de impuesto general a las ventas de manera errónea, siendo a su vez aprobado por el Banco Interamericano de Desarrollo, habiendo ocasionado un gasto demás a CENFOTUR por concepto de pago del Impuesto General a las Ventas, por los montos de dos mil trescientos treinta y cuatro nuevos soles en el caso de la empresa OPCIÓN EIRL y por un monto de dos mil trescientos ochenta y uno, nuevos soles con cuarenta céntimos, en el caso de la empresa Capital Humano y Social Sociedad Anónima, precisando no haber determinado la existencia de un perjuicio económico al Estado, dado que el pago erróneo en exceso consignado fue finalmente recabado por la SUNAT.

Posteriormente, durante el juicio oral se recibieron las declaraciones de los Peritos quienes frente a la Sala y pese a haberse ratificado a nivel de instrucción respecto de la elaboración de su informe, cambian de versión en cuanto a su conclusión del objeto de la pericia, señalando que haber considerado doblemente el Impuesto General a las Ventas, causó perjuicio al Estado Peruano; mientras que ante la formulación de otra pregunta señalan el haber incluido el Impuesto General a las Ventas, fue un error, para terminar indicando que efectivamente se perjudicó al Estado. Que, tales versiones referentes a la pericia contable, en contraposición con lo dicho por los Peritos Policiales en audiencia, muestran incoherencias que presentan ambos peritos, no resultando muy relevante estas premisas, dado que el caso concreto, y según la ley vigente a los hechos que no exigía el perjuicio patrimonial, sólo debe acreditarse el acuerdo colusorio más no el perjuicio patrimonial al Estado, propio de otros tipos penales.

De lo antes esbozado, se concluye que el representante legal de la empresa OPCIÓN EIRL no se ha concertado con los miembros del Proyecto ni de CENFOTUR, por lo tanto no se ha coludido con ninguno de los procesados, y por ello, no contándose con elementos suficientes para acreditar la consumación de este tipo penal, toda vez que no ha quedado probado que entre los procesados existió un acuerdo colusorio, no enervándose la presunción de inocencia previsto en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "e" de la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 3139-2011
LIMA

Constitución Política del Estado, que le asiste a todo justiciable, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra conforme a ley.

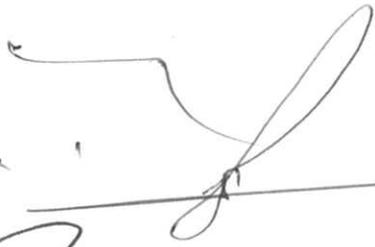
DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha doce de agosto de dos mil once, de fojas mil novecientos treinta, que absolvió de la acusación fiscal a Carlos Alberto Urdanivia Rosas y Miguel Abner Calderón Rivera, como autores y contra Daymo Alfonso Bezada Rubio, como cómplice primario, del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Centro de Formación en Turismo – CENFOTUR, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – MINCETUR y el Estado.

S.S.

VILLA STEIN 

RODRÍGUEZ TINEO 

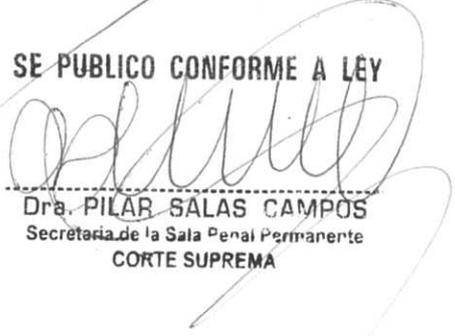
PARIONA PASTRANA 

SALAS ARENAS 

NEYRA FLORES 

RT/RL

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA