

- 1 -

Lima, veinticinco de octubre de dos mil doce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Adjunto Superior y la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Lambayeque, contra la sentencia de fojas mil ciento cuarenta y cuatro, del veintiséis de diciembre de dos mil once, que absuelve a ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS, ESTUARDO DÍAZ ALVARADO, JORGE SIMÓN NAFAC GUERRERO, RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE, BALTAZAR VENTURA PISFIL, LUIS FELIPE ARELLANO PALACIOS y HUGO CAHUIDE CÉSPEDES CARLOS, de la acusación por el delito contra la Administración Pública –colusión-, los tres primeros en calidad de autores, y los cuatro últimos en condición de cómplices; interviniendo como ponente la Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: AGRAVIOS.- I).** La Fiscalía Superior al fundamentar su recurso a fojas mil ciento sesenta y cinco, contra la sentencia absolutoria recurrida cuestiona que: **a).** el Informe Especial número cero cero cuatro –dos mil dos –cero dos –cuatro mil seiscientos sesenta y seis, titulado “Obras presuntamente no ejecutadas por la Oficina de Defensa Nacional del CTAR en los distritos de Salas, Pátapo y Pucalá del departamento de Lambayeque”, emitido por la Gerencia Regional de Control Interno, de fecha veintisiete de agosto de dos mil siete, se ha determinado un perjuicio económico a la entidad agraviada por un monto de once mil setecientos cuarenta nuevos soles; **b).** se ha evidenciado la concertación defraudadora entre los funcionarios procesados y los externos, “sin que se hayan prestado los servicios” (sic) por cuanto el procesado ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS, en su condición de Director de Defensa Nacional, festinó los trámites de riguroso y estricto cumplimiento a efectuarse por la Sub Gerencia de Abastecimiento, toda vez que los trabajos a efectuarse no tenían las características de emergencia; **II).** La

- 2 -

Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Lambayeque, al sustentar a fojas mil ciento setenta y cinco su recurso, sostiene que ha quedado evidenciado que hubo concertación defraudadora, "sin que se hayan prestado los servicios de mantenimiento como pintado y reparación de los módulos" (sic) el Director de Defensa Nacional ALBERTO ALFONSO NOE CISNEROS ha solicitado el pago de facturas y recibos por concepto de honorarios, emitiendo Oficios a la Dirección Regional de Administración del CTAR -Lambayeque, cuya tramitación se ha efectuado como regularización; existiendo, además, contradicciones entre los mismos procesados;

Segundo: HECHOS IMPUTADOS.- Según la denuncia de fojas doscientos cuarenta, se imputa a los procesados ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS -Director de Defensa Nacional - CTAR Lambayeque-, ESTUARDO DÍAZ ALVARADO -Inspector de Defensa Nacional - CTAR Lambayeque-, y JORGE SIMÓN NAFAC GUERRERO -Encargado de Formación de Brigadas de Defensa Civil -CTAR Lambayeque-, haberse confabulado, en el ejercicio de sus cargos, el año dos mil, con los coencausados RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE, BALTAZAR VENTURA PISFIL, LUIS FELIPE ARELLANO PALACIOS y HUGO CAHUIDE CÉSPEDES CARLOS [los cuatro últimos contratistas] para la supuesta ejecución de la instalación, refacción y repintado de ciento ochenta y siete módulos para los damnificados del Fenómeno del Niño, en el Sector Pampa - La Victoria, distrito de Pátapo, y doscientos módulos en el Sector Colaya, distrito de Salas; así como para la elaboración de pancartas publicitarias, trabajos que nunca se realizaron, siendo que por este servicio la entidad agraviada CTAR (actualmente Gobierno Regional de Lambayeque) desembolsó la suma total de once mil setecientos cuarenta nuevos soles a favor de los cuatro últimos, según las Órdenes de Pago a nombre de éstos. Según la acusación de fojas ochocientos cincuenta y tres, y el Informe Especial número cero cero cuatro -dos mil dos -cero dos-cuatrocientos sesenta y seis, de fojas ciento treinta y seis-A, emitido por

- 3 -

la Gerencia Regional de Control Interno - CTAR Lambayeque, se advirtió la existencia de: **i).** el Recibo por Honorarios número cero cero cero ciento veinticuatro, del dos de febrero de dos mil, expedido por RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE por un monto de mil ciento cuatro nuevos soles [Por Refacción y Repintado de Módulos de Vivienda del Sector Colaya -Salas]; **ii).** Recibo por Honorarios número cero cero cero ciento veinticinco, del quince de febrero de dos mil, expedido por RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE por un monto de mil setecientos noventa nuevos soles [Por Confección de Pancartas, Avisos de Señalización e Invitación para ceremonia entrega de Cheques de la Empresa Agro-Industrial Pucalá]; **iii).** Factura número cero cero cero doscientos treinta y ocho, del dos de febrero de dos mil, expedida por BALTAZAR VENTURA PISFIL por un monto de mil ochocientos ochenta y seis nuevos soles [Por Repintado, Retoque Parcial, Logotipos, realizados en módulos de vivienda del Sector Colaya -Salas]; **iv).** Factura número cero cero cero doscientos treinta y seis, del veint[e] de enero de dos mil, expedida por BALTAZAR VENTURA PISFIL por un monto de mil seiscientos nuevos soles [Por Repintado, Retoque Parcial, Logotipos, realizados en módulos de vivienda ubicados en el distrito de Pátapo]; **v).** Recibo por Honorarios número cero cero cero siete, del veinte de febrero de dos mil, expedido por HUGO CAHUIDE CÉSPEDES CARLOS por un monto de dos mil doscientos veintidós nuevos soles con ocho céntimos [Por concepto de Dirección Técnica, Trazo, Nivelación, Manzaneo e Instalación de módulos de vivienda en Sector Pampa La Victoria y la Cantera –distrito de Pátapo]; **vi).** Recibo por Honorarios número cero cero cero cero tres, del once de febrero de dos mil, expedido por LUIS FELIPE ARELLANO PALACIOS por un monto de mil quinientos nuevos soles [Por concepto de Impresión y Confección de 500 Afiches para ceremonia entrega de cheques de la empresa Agroindustrial Pucalá]; **vii).** Recibo por Honorarios número cero cero cero cero ochenta, del tres de febrero de dos mil, expedido por SERVIARMA representada por Arnaldo Marfín Oyola Bulnes por la suma de mil seiscientos diez nuevos soles [Por Refacción y Repintado de Módulos de Vivienda del Sector Colaya -Salas]; documentos que fueron cancelados en su oportunidad según los Comprobantes de Pago

- 4 -

número cero cero cero trescientos cincuenta y seis, cero cero cero trescientos cincuenta y cuatro, cero cero cero quinientos veintiocho y cero cero cero quinientos veintisiete, a favor de RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE, BALTAZAR VENTURA PISFIL, LUIS FELIPE ARELLANO PALACIOS y HUGO CAHUIDE CÉSPEDES CARLOS por un monto total de once mil setecientos cuarenta nuevos soles; **Tercero: TIPO PENAL IMPUTADO Y THEMA PROBANDUM.**- La figura penal de colusión desleal, prevista en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, reprime al funcionario o servidor público que "... **en los contratos** (...) en la que intervenga por razón de su cargo (...) defrauda al Estado (...) concertándose con los interesados...". En ese sentido, el Tribunal Constitucional, poniendo en relieve el ámbito específico de la conducta penal en referencia frente a otras figuras en la que igualmente subyace la correcta administración pública como bien jurídico, puntualiza: "*siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública*"; precisando, respecto a lo que es materia de prohibición, lo siguiente: "*el funcionario que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, **viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores...***" [STC emitida en el Expediente número diecisiete -dos mil once-PI/TC -FJ veintiséis y veintiocho]. Luego, puntualizando la doctrina respecto a su rasgo definitorio -la colusión como **delito de encuentro**- frente a otros delitos contra la administración pública, señala: "*La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados [los beneficiados] [...]. **La defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no es típica de este delito, tampoco lo es la sola concertación entre funcionarios vinculados que deciden defraudar y efectivamente vulneran los intereses del Estado...***". [1]. De ahí que el thema

[1] ROJAS VARGAS, Fidel: "Delitos contra la Administración Pública". Editora Jurídica Grijley, 2007.p. 413.

- 5 -

probandum de este ilícito penal exige determinar si, en el contexto de una contratación pública, existen vinculaciones previas de los funcionarios intervinientes con representantes de la beneficiada, a partir de una secuela de acciones que denoten una **orientación de los funcionarios a brindar un tratamiento preferencial, de ventaja o de favorecimiento a la empresa elegida, en desmedro de otras**; o, también a partir de un conjunto de actuaciones apresuradas, o que no forman parte, o que se apartan del estándar de pautas normativas exigidas por el procedimiento legalmente contemplado para dicha contratación (irregularidades administrativas). Así, es indiscutible que la figura penal en referencia exige como presupuesto fáctico una real y efectiva contratación entre el Estado y un particular (persona natural o jurídica) que actúa como contraparte; en cuyo contexto se produce la concertación entre ésta última y los funcionarios que defraudando los deberes de lealtad para con el Estado se parcializan con aquella, perjudicando a otros potenciales contratistas; **Cuarto: ANÁLISIS.**- Fijado lo anterior, no se aprecia que los elementos de prueba acopiados en el decurso del proceso configuren los presupuestos típicos precedentemente destacados, sino mas bien una aparente apropiación de recursos, unilateral, aparentándose haber sido destinados a la cobertura de servicios cuya efectiva ejecución y contra-prestación no está demostrada, según así lo enfatizan los mismos recurrentes, y conforme así se desprende de: **I)**. El Informe Especial número cero cero cuatro –dos mil dos –cero cero dos-cuatro mil seiscientos sesenta y seis de fojas ciento treinta y seis –A, cuyo hallazgo, por demás concordante con lo anotado, es el siguiente: "*Pagos indebidos por concepto de trabajos de pintado, repintado y refacciones **presuntamente no efectuados** en módulos de vivienda del Caserío Colaya, distrito de Salas y la Cantera, distrito de Pátapo, así como por concepto de confección de pancartas*" (sic) –véase fojas ciento treinta y siete-; siendo una de sus constataciones la siguiente: "si

- 6 -

bien es cierto existen los documentos de pago efectuado por la cantidad de once mil setecientos cuarenta nuevos soles, por refacción y repintado de los módulos de vivienda ubicados en el Sector Colaya –Salas (doscientos módulos) y La Cantera – Pátapo (cien módulos); así como los trabajos por confección de pancartas, señalización y otros referidos a la ceremonia de entrega de cheques a los socios de la empresa Agroindustrial Pucalá, **estos trabajos no han podido ser verificados (...) por cuanto, constituidos a los Sectores Colaya del distrito de Salas, así como en Pampa La Victoria y La Cantera del distrito de Pátapo, ante la entrevista realizada con los moradores de dichas localidades [se] ha recibido la información en el sentido que nunca se han llevado a cabo los trabajos** de refacción, repintado de sus módulos habitacionales por parte del CTAR Lambayeque ni institución alguna **con lo cual se pone en tela de juicio la realización de los trabajos y gastos en mención...**" –véase fojas ciento treinta y nueve-; que se condice con las actas de verificación que corren de fojas doscientos cuatro a doscientos nueve; II). Lo declarado por el co-procesado RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE, quien incide en cuanto a que era el propio encausado ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS el verdadero receptor de los importes que se hacían consignar en los comprobantes de pago. Así, en su manifestación de fojas treinta y dos, al ser preguntado sobre los recibos en los que aparecen su nombre y apellidos, indicó: "por su llenado **éstos si me corresponden, pero no he cobrado dicha suma** ya que esto **lo hice por un favor solicitado por la persona del Ingeniero ALBERTO NOÉ CISNEROS**, habiéndolos llenado en la Oficina donde trabajaba este señor y me dijo que lo hacía para justificar los gastos...". A su vez, en su declaración en acto oral de fojas mil treinta y cinco, preguntado si realizó trabajos en Colaya, Salas y Pampa La Victoria, admitió que no. Repreguntado si pintó algún módulo, reiteró que no. Más aún, en la diligencia de confrontación sostenida entre los acusados RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE y ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS de fojas mil setenta y ocho, se hizo constar que el primero emplazó al segundo lo siguiente: "**Ud. me decía que hay que llenar la boleta, ud. recomendaba, me daba mi parte y el resto se quedaba en su bolsillo...**"; III). Lo admitido por los otros coprocesados, contratistas, tales como BALTAZAR VENTURA PISFIL a fojas trescientos dos,

- 7 -

HUGO CAHUIDE CÉSPEDES CARLOS a fojas setecientos sesenta y tres, y LUIS FELIPE ARELLANO PALACIOS a fojas setecientos cuarenta y tres, quienes lejos de dar cuenta de que prestaron servicios en base a contratos celebrados con regularidad, para cuyo efecto hubieran firmado documentos que así lo acrediten, reconocen mas bien que en el caso de todos ellos se les ofreció de modo totalmente informal la realización de trabajos específicos; **IV)**. Lo depuesto por el propio encausado ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS, quien lejos de aportar elementos que acrediten que sí existieron los contratos y que se recibieron efectivamente los servicios en referencia, se limita a esgrimir que él no tuvo vinculación funcional alguna con dichos contratos sino la Oficina de Administración -véase fojas mil setenta y siete-, alegando que los competentes para convocar y ver las cotizaciones de acuerdo a los requerimientos, eran sus co-acusados ESTUARDO DÍAZ ALVARADO y JORGE SIMÓN NAFAC GUERRERO -véase fojas veintidós y siguiente-; esgrimiendo también que era a estos últimos a quienes correspondía los trabajos de inspección -véase fojas cuatrocientos treinta y tres-; **V)**. Lo anotado por los co-procesados ESTUARDO DÍAZ ALVARADO a fojas veinticinco, y JORGE SIMÓN NAFAC GUERRERO a fojas veintisiete, quienes desmintiendo a su co-acusado ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS señalan, el primero, que se limitaban a firmar los informes respectivos instados por el antes mencionado; y, el segundo que quien decidía y "manejaba" lo relativo al pago era el procesado ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS, reiterando el primero de los mencionados en acto oral que no constataron ni verificaron ninguno de los trabajos en mención -véase fojas mil sesenta-; aunándose la diligencia de confrontación a fojas mil noventa y cuatro, sostenida entre ESTUARDO DÍAZ ALVARADO y ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS, en la que el primero le encaró que su persona, por órdenes de su confrontado, hizo informes en base a borradores de campo; **VI)**. Lo declarado a fojas doscientos noventa y uno, y siguiente, por la testigo

132

- 8 -

Consuelo Isabel Bocanegra Tanta, Jefa de la Oficina de Abastecimientos, quien refiere que a ella sólo le hicieron llegar los informes de conformidad con el servicio más nunca requerimiento alguno de los servicios que habían contratado; **Quinto:** Consiguientemente, lo antes examinado hace colegir que en el presente caso, lo que se constata es una falta de prueba de cargo en torno a la materialidad del delito imputado por la Fiscalía, lo que conlleva a tener por justificada la absolución venida en grado, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales; Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil ciento cuarenta y cuatro, del veintiséis de diciembre de dos mil once, que absuelve a ALBERTO ALFONSO NOÉ CISNEROS, ESTUARDO DÍAZ ALVARADO, JORGE SIMÓN NAFAC GUERRERO, RAMÓN SAMILLÁN SENMACHE, BALTAZAR VENTURA PISFIL, LUIS FELIPE ARELLANO PALACIOS y HUGO CAHUIDE CÉSPEDES CARLOS, de la acusación por el delito contra la Administración Pública –colusión-, los tres primeros en calidad de autores, y los cuatro últimos en condición de cómplices; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO 

PRADO SALDARRIAGA 


BARRIOS ALVARADO 

VILLA BONILLA 

TELLO GILARDI 

IVB/dlm.

SE PUBLICO CONFORME A LEY


DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

12 ABR. 2013