

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CUARTA SALA PENAL LIQUIDADORA

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SENTENCIA

Lima, treinta de junio

Del dos mil dieciséis. -

VISTA: En audiencia pública la causa penal seguida contra:
ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR como presunto autor del delito
contra la Administración Pública - Colusión Desleal en agravio del Estado,
representado por la Municipalidad Provincial del Callao.

I.- ANTECEDENTES:

IDENTIFICACION DEL ACUSADO ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR, con DNI 25763480, nacido en Lima el 07 de abril 1964, estado civil casado, con dos hijos, con grado de instrucción superior, hijo de don Luis y doña Jenny, con dirección actual Daniel Alcides Carrión 1014 Magdalena, abogado de profesión, no registra antecedentes penales ni judiciales.

1.- DEL TRÁMITE DEL PROCESO

1.2.- La Procuraduría Pública de la Contraloría General de la Republica, interpone denuncia penal contra Alexander Martín Kouri Bumachar y otros por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión en agravio del Estado - representado por la Municipalidad Distrital del Callao, en merito al informe N° 172-2007-CG/OEA¹ "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"

¹ Informe Especial N° 172-2007-CG/OEA Fs. 1 y siguientes.

PODER JUDICIAL
MAYO 15 2016
CLARADO

1.3.- Del Resultado de las Investigaciones Preliminares cuyas conclusiones se condensan en el atestado Policial N° 187-2008-PNP-DIRCOCOR-DIVAMP-DPTO.1/SEC2², La Segunda Fiscalía Provincial Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, formuló denuncia penal³ contra Martín Alexander Kouri Bumachar y otros por los delitos de Negociación Incompatible, colusión y otros en agravio del Estado representado por la Municipalidad Provincial del Callao; asimismo conforme a lo ordenado por el Fiscal Superior formaliza denuncia penal ampliatoria⁴ contra Fernando Enrique Gordillo Tordoya como presunto autor, contra Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini como presuntos cómplices del delito contra la Administración Pública - Colusión.

1.4.- A merito de la denuncia penal el Segundo Juzgado Penal Especial resolvió abrir instrucción⁵ contra Alexander Kouri Bumachar y otros por el delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible y otros. Tramitado el proceso de acuerdo a su naturaleza y concluida la etapa de instrucción, los autos se elevaron a esta Superior Sala Penal Liquidadora, remitiéndose el expediente al Despacho de la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima a fin de que se pronuncie de acuerdo a sus atribuciones, con el dictamen Acusatorio N° 56-2012⁶ formulando en un extremo acusación contra Alexander Martín Kouri Bumachar como presunto autor y contra Javier Roberto Lowry Gazzini como cómplice del delito contra la administración pública, corrupción de funcionarios en la modalidad de

² Atestado Policial N° 187-2008-PNP-DIRCOCOR-DIVAMP-DPTO.1/SEC2 2433 y siguientes

³ Denuncia Penal Fs. 13655 y siguientes

⁴ Denuncia Penal Ampliatoria Fs. 18166 y siguientes

⁵ Auto apertura de instrucción 18789 y siguientes

⁶ Dictamen acusatorio Fs. 24066 y siguientes

Negociación Incompatible en agravio del Estado (Municipalidad Distrital del Callao), en relación a las suscripciones de las adendas del 10 de enero y del 03 de marzo del 2006; contra Fernando Enrique Gordillo Tordoya y Maria del Pilar Baella Herrera como cómplices del delito contra la Administración Pública, corrupción de Funcionarios, en la modalidad de Negociación incompatible en agravio del Estado (Municipalidad Distrital del Callao), en relación a la suscripción de la adenda del 10 de enero del 2005; contra Abraham Alex Rivas Lombardi como cómplice del delito contra la administración pública, corrupción de funcionarios en la modalidad de Negociación incompatible en agravio del Estado (Municipalidad Distrital del Callao), en relación a la suscripción de la adenda del 03 de marzo del 2006; y en otro extremo opina que no hay merito para pasar juicio oral contra Alexander Martín Kouri Bumachar y Fernando Enrique Gordillo Tordoya en calidad de autores; Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini en calidad de cómplices primarios, por la presunta comisión del delito contra la Administración pública - Colusión Desleal en agravio del Estado (Municipalidad Distrital del Callao); posteriormente el Colegiado de la Cuarta Sala Penal Liquidadora resuelve elevar en consulta al Fiscal Supremo a fin de que emita el Dictamen correspondiente en el extremo que no hay merito a pasar juicio oral contra Martín Alexander Kouri Bumachar por el delito contra la administración pública - Colusión, estando al pronunciamiento de la Fiscalía Suprema en lo Penal⁷ la Cuarta Fiscalía Superior emite el Dictamen acusatorio ampliatorio N° 003-2015 de fecha 13 de febrero del 2015⁸, mediante el cual formula acusación sustancial contra Alexander Martín Kouri Bumachar por el delito de Colusión y otro en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital del Callao; emitido el auto de

⁷ Dictamen de Fiscalía Suprema (Consulta) Fs. 25918

⁸ Acusación Fiscal Fs. 25954 y siguientes

PODER JUDICIAL

CATYA PIMENTEL TORRADO
Cacador de la Sala (e)
Cuarta Sala Penal Liquidadora
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA - LIMA

enjuiciamiento⁹ y auto de enjuiciamiento ampliatorio¹⁰; el juicio oral se inició el siete de mayo del mil quince, con el Colegiado integrado por los señores Jueces Superiores Iván Sequeiros Vargas - Presidente, Luz Victoria Sánchez Espinoza y Mercedes Gómez Marchisio; reconfigurándose el Colegiado a partir de la trigésima primera sesión de audiencia de fecha dos de marzo del 2016, con la incorporación del señor Juez Superior Marco Antonio Lizarraga Rebaza en merito a la resolución administrativa N° 154-2011-PCSJL/PJ, en reemplazo de la doctora Mercedes Gómez Marchisio quien fue designada Juez Superior Titular de la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel; y desarrollándose el juicio oral en audiencias continuadas, en la forma y modo que aparecen de las actas debidamente aprobadas; producida la requisitoria oral, el alegato de la defensa técnica, así como la defensa material del acusado y leídas las conclusiones, ha llegado al estadio procesal de emitir sentencia.

1.5.- Concluido el debate oral, con todas las garantías del debido proceso, donde las partes han tenido la oportunidad de expresar, inclusive en exceso, sus pretensiones, hemos llegado a la etapa final del proceso, donde en resumen las partes han concluido con las siguientes alegaciones finales:

2.- ALEGACIONES FINALES:

2.1.- El Ministerio Público en su acusación oral concluido el debate señala puntualmente que está plenamente probada la responsabilidad penal del acusado, debido a las evidentes irregularidades que se ha cometido desde el momento que se declara en emergencia la red vial del Callao, como justificación para decidir ampliar la avenida Faucett y convertirla en una vía expresa lo que determina se

⁹ Auto de enjuiciamiento Fs. 25603

¹⁰ Auto de Enjuiciamiento ampliatorio Fs. 26101

convoque a un concurso para concesionar dicha construcción, que evidentemente ya estaba condicionado por acuerdos colusorios que se habrían producido con empresas donde eran accionistas inclusive parientes del procesado.

También ha señalado el Ministerio Público ratificando su requisitoria escrita que el acusado Kouri Bumachar valiéndose de su condición de Alcalde manejo y controló el proceso de concesión, habiéndose concertado con Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizarraga, habiéndose vinculado con el primero como pariente político y de esa manera favorecido a la empresa de la familia Dall'orto, por lo que solicita se remita copias de las piezas pertinentes al Ministerio Público a fin de que se investigue y procese a las citadas personas en calidad de terceros interesados en el proceso de concesión.

2.2.- La procuraduría pública de la Contraloría General de la República en defensa del Estado, ha señalado que la reparación civil debe comprender el resarcimiento del daño material causado, así como una indemnización por el perjuicio al Estado que se ha originado con el comportamiento delictivo, monto total que considera en la suma de ciento once millones ochocientos setenta y seis seiscientos cuarenta y dos soles, producto de la sumatoria de los trabajos suspendidos, las obras no concluidas, los retrasos en el cumplimiento de los plazos de ejecución y la falta de cumplimiento del servicio a la ciudadanía que no se realizó dentro de los plazos y proyectos establecidos, con lo que se origina, desacreditación de la administración estatal, que concluyo con un reclamo público, que finalmente por la fuerza exigió justicia, debido a que se sintió estafado con la construcción de dicha vía que no cumplía con las condiciones y características que se había señalado.

2.2.1.- Dice la Procuraduría Pública que el alcalde municipal ha incumplido dolosamente con sus obligaciones de funcionario municipal encargado de cuidar, proteger y conducir adecuadamente un proceso de concesión y que el beneficio

sea para el Estado no para particulares y en lugar de ser el defensor de los intereses estatales ha hecho todo lo necesario para que se beneficien terceros.

2.2.2.- Dice también que es fundamental en un contrato de concesión o cualquier otro contrato donde el Estado interviene, mantener el equilibrio económico financiero, lo que significa que tanto el particular como el Estado deben ganar, pero en este caso dicho equilibrio no se ha mantenido debido a que todo ha sido ganancia para el tercero interesado y pérdida para el Estado, que no obtuvo ningún beneficio con el contrato de concesión.

2.2.3.- Desde el principio no se cumplió con elementales exigencias legales, debido a que tratándose de una vía interprovincial tenían que intervenir los órganos encargados de coordinar la construcción de vías que involucren a más de una provincia y en todo caso si se trata de una vía nacional, era preciso que intervenga el Ministerio de Transportes y comunicaciones, condiciones que en este caso, según la procuraduría se obvió deliberadamente con el propósito de beneficiar a la empresa de sus parientes.

2.3.- La defensa del acusado Kouri Bumachar, en sus alegaciones orales finales destacando las resoluciones emitidas por la Suprema Corte de la Republica, indica que al no haber terceros involucrados en el hecho en calidad de extraneus, debido a que los inicialmente considerados todos están excluidos del caso por sobreseimiento, no hay ninguna razón para que su patrocinado continúe en calidad de acusado. Estima que el Ministerio Publico al no tener tercero particular involucrado en el hecho acude a un argumento extremo de considerar a Augusto y Roberto Dall'orto, como terceros involucrados, a pesar que dichas personas no tienen participación delictiva alguna, lo que únicamente viene siendo utilizado para sustentar una acusación que no tiene consistencia.

Luego de sustentar de manera amplia la actuación de su patrocinado en estos hechos, concluye señalando que su participación ha sido totalmente legal y al no existir indicios de actos colusorios, solicita se le absuelva de la acusación fiscal.

2.3.1.- Al ejercitar su defensa material el acusado igualmente concluye señalando que debe ser absuelto de la acusación fiscal debido a que dicha acusación solo se sustenta en mentiras y medias verdades que no resultan sólidos para probar su responsabilidad penal.

De las resoluciones emitidas durante el juicio oral:

En la sesión cuarta de fecha 29 de mayo del 2015, el Colegiado emitió las siguientes resoluciones:

1. Los Jueces de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, declaran: **INFUNDADA** la excepción de naturaleza de acción planteada por la defensa del acusado Abraham Alex Rivas Lombardi, debiendo continuarse con el desarrollo del juicio oral.
2. Los Jueces de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, declaran: **FUNDADA** la prescripción de la acción penal planteada por los acusados Abraham Alex Rivas Lombarda y Javier Roberto Lowry Gazzini, acusados por delito cometidos por Funcionarios Públicos - Corrupción e Funcionarios - Negociación Incompatible en agravio del Estado, en consecuencia concluido el proceso penal: **DISPUSIERON** archivar la causa definitivamente en este extremo.
3. Los Jueces de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, declaran: **FUNDADA** la excepción de prescripción planteada por la defensa del acusado Alexander Martín Kouri Bumachar, por delito cometido por Funcionarios Públicos - Corrupción de Funcionarios - Negociación Incompatible en agravio del Estado, en consecuencia, concluida la acción

penal en este extremo, **DISPUSIERON** el archivamiento definitivo del proceso en este extremo.

4. Los Jueces de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, declaran: **INFUNDADA** la excepción de prescripción deducida por la defensa del acusado Alexander Martín Kouri Bumachar, respecto del delito de Colusión desleal en agravio del Estado, continuándose con el desarrollo del juicio oral.

5. En la décima octava sesión de fecha 02 de octubre del dos mil quince, los Jueces de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, declararon: **IMPROCEDEDENTE** la excepción de cosa juzgada, deducida por la defensa del acusado Alexander Kouri Bumachar.

6. En la décima novena sesión de audiencia de fecha quince de octubre, por mayoría el Colegiado declara: **INFUNDADA** la excepción de naturaleza de acción deducida por la defensa del procesado Alexander Kouri Bumachar.

CUESTIONES PROCESALES PREVIAS:

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

1.- En la décima novena sesión de audiencia de fecha 15 de octubre del 2015, la defensa del acusado Alexander Martín Kouri Bumachar, deduce el medio técnico de defensa de prescripción de la acción penal, en mérito a la ejecutoria Suprema N° 1109-2014 de fecha 09 de junio del 2015, la misma que señala que no existe perjuicio económico al Estado, además que lo fundamentado en dicha resolución no puede hacerse de manera restrictiva recayendo solo a favor de Fernando Gordillo Tordoya y Edwin Flores Torrejón, sino que debe de ampliarse a favor de su patrocinado.

2.- Dice la defensa que, habiendo el Colegiado reconducido la imputación fiscal al inicio del juicio oral con la salvedad de que en el contradictorio y de los hechos que fluyan, así como nuevos elementos se podría adecuar el tipo penal, en ese sentido y habiéndose pronunciado la Corte Suprema en la ejecutoria antes referida que en el presente caso no se cumple con los presupuestos exigidos para el delito de colusión agravada, por lo que solicita se reconduzca el presente caso a colusión simple y teniéndose en cuenta que se trata de un delito continuado (03 de marzo del 2006) a la fecha se encuentra prescrita con un plazo extendido de 9 años y 7 meses.

3.- El Ministerio Público y la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la Republica absolviere el traslado conferido señalando que si existe perjuicio patrimonial y se remite a lo fundamentado por el Colegiado en su resolución de fecha 29 de mayo del 2015; que tratándose de un tema "patrimonial" y siendo delitos cometidos por funcionarios públicos el plazo de prescripción se duplica, y que haciendo la sumatoria correspondiente, la pena de 15 años de pena privativa de libertad que acoge el tipo penal previsto en el artículo 384° del Código Penal, más la sumatoria de la mitad del plazo extraordinario excede, por lo que a la fecha no ha prescrito la acción penal, además teniendo en cuenta que la actividad delictiva cesó el día que se declaró la caducidad del contrato esto es el 21 de noviembre del 2007 por lo que solicitan se declara improcedente la excepción deducida.

4.- Es preciso señalar que mediante resolución de fecha 29 de mayo del 2015 el Colegiado se pronunció respecto a la imputación recaída contra Alexander Kouri Bumachar es decir, el delito de Colusión agravada en tanto que el marco de imputación que describe la Fiscalía es por que existiría un perjuicio patrimonial al Estado, como se desarrolla en el punto 5 de la citada resolución donde se deja establecido que de acuerdo a los hechos sobre la concesión de la "Vía Expresa

del Callao" el Estado peruano tiene un interés económico por la realización de una obra con el menor costo posible y de mejor calidad, así como ser pagada en el menor tiempo posible. Que de todas maneras se expresa en un detrimento patrimonial al Estado atendiendo a los términos de la concesión así como las adendas que se realizaron e incluso de la propia ejecución de las obras, condiciones que no se han manifestado un beneficio del Estado sino que se tradujo en una desventaja patrimonial evidente y perjudicial para el Estado.

5.- Esta condición establecida no ha variado en el curso del debate oral, por lo que ratificamos lo que inicialmente se estableció, que el tipo penal que se imputa a Kouri Bumachar tiene repercusiones de perjuicio patrimonial al Estado, por tanto se ubica en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, esto es colusión agravada, por tanto nuestra decisión final será bajo ese marco normativo, conforme se menciona inicialmente y ha sido ratificado por el Ministerio Público en la aclaración correspondiente durante el debate oral.

6.- Si bien es cierto la defensa técnica del acusado señala que con la emisión de la ejecutoria suprema N° 1109-2014 donde se confirma el no ha lugar para Fernando Gordillo Tordoya como miembro del comité de recepciones de propuestas y Director General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao, Edwin Flores Torrejón Director General de Asesoría Jurídica de la Municipalidad del Callao, Ángel Guasco y Lowry Gazzini estos dos últimos representantes de la empresa CONVIAL, por no haberse acreditado el concierto con los autores, así como no haberse acreditado el término de la defraudación patrimonial, no obstante los alcances que tiene la ejecutoria en mención están circunscritos a la evaluación fáctica de Edwin Flores Torrejón y los "extraneus" Ángel Guasco y Lowry Gazzini lo que incluso ha sido reafirmado por la Corte Suprema mediante resolución de fecha 18 de enero del 2016.

7.- En este punto es preciso señalar que la Suprema Corte a pedido de la defensa del acusado Kouri Bumachar, quien pide aclaración respecto de resoluciones anteriores y que estarían siendo incumplidas por la Sala Penal Superior, indica que la resolución de fecha 9 de junio del 2015 solo esta referido al procesado Edwin Flores Torrejon y los extraneus Mario Ernesto Angel Guasco y Javier Lowry Gazzini y que no abarca el proceso de actuación del encausado Kouri Bumachar, por consiguiente debe proseguir la acción penal respecto de este y resolverse en el estadio procesal correspondiente, así se establece mediante resolución de fecha 18 de enero del 2016. Implica esta aclaración que la situación jurídica del acusado Kouri Bumachar no se beneficia ni perjudica con las decisiones judiciales referidas a sus coprocesados, debido a que su actividad funcional y en todo caso ilícita que señala la Fiscalía es autónoma.

8.- La imputación contra Alexander Kouri Bumachar estima, que siendo Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao habría concertado con los representantes de CCI Concesiones Perú, (Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Lowry Gazzini), que luego derivo en la empresa CONVIAL CALLAO SA defraudando a la Municipalidad, realizando los hechos que se descritos en la denuncia penal, el auto que abre proceso penal y la acusación fiscal, lo que se configura el tipo penal de colusión agravada.

9.- Conforme señalamos al resolver el anterior pedido de adecuación de tipo penal y prescripción, las decisiones de la Suprema Corte de la Republica, se circunscriben a los términos de los recursos impugnatorios, esto es en relación a Gordillo Tordoya, Flores Torrejon, Ángel Guasco y Lowry Gazzini, sin hacer ninguna referencia a la situación jurídica de Kouri Bumachar, conforme se ha aclarado de manera expresa, condiciones que determinan que los pronunciamientos de sobreseimiento y prescripción en favor de las citadas personas y otros involucrados no benefician ni perjudican la situación jurídica de

Kouri Bumachar y conforme hemos descrito con amplitud, la actuación de cada uno de los involucrados tiene su marco factico definido, en atención a la actividad funcional que le correspondía a cada uno, teniendo en cuenta además que la responsabilidad penal es personalísima y la actividad de cada involucrado preserva su autonomía en relación a la participación de los otros actores del hecho, consideraciones, por las que no es atendible el pedido de la defensa.

10.- El artículo 80° del Código Penal determina que la prescripción opera en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito que en este caso alcanza los 15 años y el último párrafo de dicha norma indica que en caso de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del estado, el plazo se duplica y finalmente el artículo 83 del mismo cuerpo normativo indica que si hubo interrupción del termino de prescripción, en todo caso la prescripción funciona cuando a ese máximo de la pena se agrega una mitad, que en este caso sería de 7 años y medio haciendo un total de 22 años y medio como plazo ordinario de prescripción que al dar cumplimiento al plazo duplicado que también establece el artículo 41° de la Constitucional Política, estamos ante un prolongado termino de prescripción que en este caso no ha operado aun, razones por las que debe declararse infundado el pedido.

II.- CONSIDERANDO:

1.- HECHOS E IMPUTACION FISCAL.

1.1.- El proceso penal, por las consecuencias que origina, tiene el propósito de que las partes actúen y debatan la prueba que determine en el Juez convicción para tomar una decisión con la mayor objetividad posible, tratando de eliminar toda especulación, suposición o probabilidad, buscando un margen de seguridad que a pesar del parecer o estimación personal o social, determine con claridad una

condición jurídica formalmente establecida bajo criterios jurídicos que garantizan un sistema de justicia razonable.

1.2.- En ese contexto, es obligación del Ministerio Público, probar, sin lugar a ninguna duda, vale decir de manera contundente y sólida, con prueba idónea, que se ha cometido un hecho delictivo y que el acusado es el autor o participe, caso contrario, si el Ministerio Público no actúa prueba convincente y existen resquicios de incertidumbre en el caso, es preferible absolver que condenar, por tanto resulta fundamental evaluar la prueba actuada y debatida para llegar a una conclusión jurídica justa.

1.3.- Sobre los hechos la versión oficial y formal que establece el Ministerio Público, titular de la acción penal dice que Kouri Bumachar, siendo Alcalde la Municipalidad Provincial del Callao, se habría interesado indebidamente y de manera directa en el contrato de concesión celebrado entre la citada Municipalidad y el Consorcio de empresas CONVIAL CALLAO S.A. (CCCSA en adelante) concedente y concesionaria respectivamente, favoreciendo a dicha empresa a través de la suscripción de dos "adendas" (de fecha 10 de Enero del 2005 y de 3 de Marzo del 2006) donde intervino por razón de su cargo, habiendo, dichas adendas, modificado los términos del contrato original en provecho de la empresa.

1.4.- Puntualmente se indica que las citadas adendas involucraban sustanciales modificaciones en el contrato, que significaron: i) suspensión de diversas obras sin contar con el sustento técnico respectivo lo que habría derivado en que la concesionaria evite una inversión por un monto estimado en US\$2'724.755.20 (dos millones setecientos veinticuatro mil setecientos cincuenta y cinco dólares con veinte centavos de dólar USA); ii) habría originado la postergación del inicio de ejecución de algunos tramos de la obra (tramo B y C) lo que a su vez habría significado no resolver el contrato de concesión por demoras injustificadas del

concesionario y la aplicación de las penalidades previstas en el contrato; iii) La ampliación de la concesión a un tramo de la vía - Ovalo Doscientas Millas hasta Av. Tomas Valle- otorgando a la Empresa sin que se haya contado con la competencia sobre ello, otorgándose a la empresa citada el derecho de avisaje publicitario y explotación comercial de dicho tramo; iv) la posibilidad de proceder al cobro de las tarifas de peaje en forma automática una vez finalizados los trabajos correspondientes al Tramo A, lo que se efectiviza justamente con la disminución de obras a realizar en dicho tramo; y v) la reconducción del canon destinado al fondo fiduciario de carácter público, a uno cuya administración y asignación quedarían a disposición de CCCSA, y por consiguiente los recursos del canon no constituyen fondos públicos, dejando su administración y asignación sujetos a la decisión, cuenta y riesgo del consorcio concesionario, así aparece de la acusación inicial de fecha 18 de Diciembre del 2012 (ver folios 24066 y siguientes).

1.5.- Estos hechos derivan en la acusación contra Kouri Bumachar por delito de negociación incompatible, previsto y sancionado por el artículo 399 del Código Penal y esa misma acusación fiscal considera que no hay merito para formular acusación por delito de colusión desleal, bajo dos criterios esenciales: i) que el termino concesión no forma parte del tipo penal de colusión (ver articulo 384 original del Código Penal) y ii) porque no existen indicios suficientes de concertación, lo que en opinión de la Fiscalía, refuerza la noción de subsumir los hechos en el delito de aprovechamiento indebido del cargo y no el de colusión.

1.6.- Como consecuencia de una discrepancia de la Sala Superior, respecto de los extremos de la acusación fiscal, es consultado a la Fiscalía Suprema respectiva la acusación fiscal superior y mediante opinión de fecha 09 de Diciembre del 2014, la Señora Fiscal Suprema Adjunta de la Segunda Fiscalía Suprema Penal, considera que debe desaprobarse el extremo del dictamen acusatorio que opina

porque no hay lugar a formular acusación por el delito de colusión desleal y dispone que la fiscalía superior emita nuevo dictamen comprendiendo este delito. (Ver folios 25918 y siguientes).

1.7.- En dicha opinión la Fiscalía Suprema, en relación a los hechos, reproduciendo, la denuncia fiscal y el auto que abre instrucción, considera que Kouri Bumachar en su condición de Alcalde Provincial del Callao, con otros funcionarios concertadamente con los funcionarios de la empresa CCCSA habrían defraudado los fondos públicos en la ejecución de la obra "Concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao" (sic), otorgado el 28 de Octubre del año 2000. Describe lo que comprendía dicha concesión y el monto de inversión que se requería y luego agrega que la Municipalidad mediante adendas, asumió obligaciones de pago por garantías de riesgo que antes correspondía a la concesionaria, también se redujo el monto de la inversión por eliminación de obras acordadas, quebrantándose la ecuación económica financiera.

1.8.- Dice además el dictamen de la Fiscalía Suprema, siempre reproduciendo lo que afirma el auto cabeza de proceso, que con ese propósito, en coordinación con otros funcionarios (que no menciona) habrían incumplido las Bases Generales del Concurso, (que no se especifican) y habrían transgredido normas administrativas de obligatorio cumplimiento, (no se indica que normas); "mediante resolución de Alcaldía N° 000180, de fecha 21.06.99 (fs. 96)" sic, designo al Comité de Recepción de Propuestas del Concurso Público, indica a los integrantes de dicho comité, luego señala a los integrantes del Comité de Concesiones del Concurso Público, los que declararon conformes la documentación presentada por la empresa Concesiones Perú SAC (integrante del consorcio, CCI Concesiones Perú) pese que no cumplía los requisitos no lo descalificaron, por el contrario se le otorgo la buena pro, transgrediéndose las bases generales del concurso, así como

FODER JUDICIAL

lo previsto en el literal e) del numeral 1.10.2 (contenido del primer sobre (documentos generales) de la sección 1.10 (contenido de propuestas).

1.9.- Es fundamental señalar que la acusación por delito de colusión desleal contra Kouri Bumachar se origina de la desaprobación por parte de la Fiscalía Suprema, de la inicial acusación, donde se considera que no hay lugar para acusar por el citado delito, por tanto esta opinión fiscal debió ser puntual en establecer los hechos y las personas involucradas, sin embargo no se ha precisado, teniendo en cuenta solo las referencias de la denuncia fiscal y auto cabeza de proceso. Puntualmente debemos advertir que esta imputación de cargos no precisa ni determina con quienes o quienes se habría concertado con el Alcalde acusado, condiciones que es preciso definir para la adecuada determinación del hecho.

1.10.- Afirma la Fiscalía Suprema en el punto II de su dictamen donde refiere los fundamentos de la discrepancia, que los actos colusorios del procesado Kouri Bumachar, se evidencia, tal como la Fiscalía Provincial fundamenta en la formalización de denuncia, en el proceso de concesión, así como, en la ejecución, sea como instigador o como autor, actos que al fundamentar el sobreseimiento por colusión lo califica de "irregulares", pues sistemáticamente, primero habría beneficiado al Consorcio CCI Concesiones SA y luego a CCCSA, afectando los intereses económicos de la Municipalidad; sus continuos actos, se habrían iniciado desde la recepción de propuestas en la Comisión, designada por Kouri Bumachar, pasando por la etapa de evaluación del Comité de Concesiones, integrado por personal Ad Honorem, como Augusto Dall'orto Falconi, quien después de 6 meses se convertiría en suegro de aquel. Agrega que sus suegros, Augusto Dall'orto Falconi y esposa Laura Belaunde de Dall'orto y María Dall'orto Lizárraga, son accionistas y ejecutivos de la Empresa Ingenieros Civiles & Contratistas Generales SA (ICCGSA) y a su vez ésta es accionista de la empresa concesionaria CCCSA; asimismo Kouri Bumachar nombro a Edgar Barriga Calle

como Presidente del Comité de Concesiones, en reemplazo de Augusto Dall'orto, persona que otorgo la buena pro al postulante CCI, Concesiones Perú denominada anteriormente CCCSA, Además el mencionado Dall'orto es socio de la empresa Barriga Dall'orto S.A Ingenieros Consultores, también fue director de la empresa CV Project SAC que tuvo a su cargo la verificación de las obras de la vía expresa del Callao, por encargo del Banco Financiero, relaciones personales, del ex alcalde Kouri Bumachar con personas involucradas con los intereses de la empresa CCCSA, que supera el ámbito de la negociación incompatible.

1.11.- Era en este punto que debía mencionarse con quien o quienes se coludió el ex Alcalde Provincial, sin embargo, solo generaliza y reitera los cargos inicialmente mencionados y al considerar que los actos de concertación se habrían producido para suscribir el contrato de concesión y su ejecución, en calidad de instigador y autor (sin determinar con precisión en que hechos de esa larga secuela del proceso de concesión en cada condición), nos remite a la opción de considerar que todos los mencionados en la denuncia y auto apertorio de instrucción serian los intervinientes en esos actos de concertación, pues son ellos los que de diferente forma, manera y en diferentes momentos han intervenido en el proceso de concertación, esta deducción final es simplemente derivación de los considerándos expuestos de manera genérica tanto en la acusación fiscal suprema como en la acusación complementaria superior. Hacemos esta precisión necesaria y fundamental para establecer puntualmente los cargos contra el acusado y delimitar su intervención, teniendo en cuenta además las resoluciones que ha expedido la Corte Suprema, definiendo la situación jurídica de los otros partícipes de estos hechos.

1.12.- Finalmente, el dictamen Fiscal Supremo, hace una evaluación de la prueba existente hasta ese momento y concluye afirmando que se debe acusar por el delito de colusión desleal a Kouri Bumachar. Hacemos esta extensa y reiterada

descripción de los hechos, con el propósito inicial de establecer con meridiana claridad, qué hecho o hechos son los que sustentan la acusación fiscal, referencia fundamental para determinar, con la prueba actuada, si efectivamente hay razones suficientes para considerar que ha incurrido en delito o no. Evidentemente si no hay precisión en los hechos, la determinación de responsabilidad está en serio riesgo de tergiversación y error.

1.13.- Concluimos entonces, de la descripción fáctica que hace la fiscalía, que se le acusa a Kouri Bumachar, por delito de colusión desleal, en razón de haber intervenido en su condición de Alcalde Provincial del Callao, conjuntamente con otros funcionarios, que procesalmente ya han definido su situación jurídica, en la concesión y ejecución de la obra denominada vía expresa del Callao, para lo cual se habrían concertado con terceros interesados, representantes, ejecutivos o accionistas del consorcio encargado de la obra que finalmente resultaron siendo personas vinculadas de diversa manera con el citado funcionario público e inclusive posteriormente se dieron vinculación familiares políticas. Queda claro que el concierto fue para beneficiar a CONVIAL CALLAO SA, tema sostenido de manera recurrente, insistente y firme por la Fiscalía, aun cuando los intermediarios no han sido definidos y se sospecha de dos personas vinculados por parentesco y una de ellas además con Kouri Bumachar.

1.14.- En esta descripción de los hechos planteados por el titular de la acción penal, reiteramos, no se delimita con quien o quienes se habría concertado el acusado Kouri Bumachar y quienes serian los funcionarios y terceros con los que en cada etapa del proceso se habría vinculado y concertado, sino que se hace referencia genérica de funcionarios, terceros y hechos, condiciones procesales que no satisfacen las exigencias de una imputación de hechos clara y precisa, lo que deriva también en una primera acusación imprecisa, originando distorsión en el debate y por cierto afectando el derecho de defensa, hasta ese momento.

1.15.- Para mayor precisión y considerando que los fundamentos genéricos de la opinión fiscal suprema, debían en todo caso, ser precisados en la acusación fiscal superior, de fecha 13 de Febrero del 2015, que es la que sustenta y sirve de referencia para el inicio del juicio oral, sin embargo dicha acusación, luego de describir los antecedentes del camino procesal, respecto del delito de colusión desleal que se atribuye a Kouri Bumachar, cita; en primer lugar la denuncia penal y el auto que abre proceso y sobre esa base dice: "que en su condición de funcionario público y Alcalde de la Municipalidad del Callao, habría concertado con el tercero Mario Ernesto Ángel Guasco, representante de Consorcio CC Concesiones Perú, que luego devino en la empresa CCCSA, defraudando a la Municipalidad en referencia", luego hace referencia a la forma en que se inicia el proceso de concesión. (Ver punto II Fundamentos Facticos de Imputación, puntos 2 y 2.1.), siendo esta fundamentación uno de los únicos dictámenes donde se alcanza a mencionar puntualmente actos de concertación entre Kouri Bumachar y Ángel Guasco, más precisión concreta sobre ese delito en referencia a Kouri Bumachar no aparece en autos.

1.16.- En las siguientes consideraciones de esa acusación fiscal superior se describe la secuencia procesal de la concesión y las irregularidades ya mencionadas reiteradamente que están contenidas en los informes de contraloría. En ese análisis, inclusive hace referencia a la suscripción del contrato preparatorio y las adendas, sin embargo no menciona persona alguna que esté involucrada en esos actos posteriores, solo se menciona hechos y la única referencia de concertación es con Ángel Guasco. (Ver folios 25928 y 25929). Luego viene el análisis del delito de colusión bajo el título de Análisis jurídico y tipificación del delito, punto III.

1.17.- En el punto IV de dicho dictamen fiscal bajo el título de Elementos Probatorios que sustentan la acusación, se reitera los hechos y la secuencia del

PODER JUDICIAL

proceso de concesión con señalamiento de las irregularidades en que se ha incurrido. Destacamos el punto 4.5.- que se refiere a: "*addendum al contrato de concesión de la vía Expresa del Callao de fecha 21MAYO2004 obrante a fs. 325/332, suscrito por el imputado Alexander Kouri Bumachar en representación de la Municipalidad Provincial del Callao y Javier Lowry Gazzini (el subrayado es nuestro), en representación de CONVIAL CALLAO SA a través de este documento se estableció básicamente que el concedente otorgaría las garantías necesarias requeridas por los financistas para permitir la obtención de financiamiento,...*" etc. Describimos este punto debido a que se sustenta como elemento probatorio de la concertación de Kouri Bumachar con Ángel Guasco y no como referencia de hechos de una supuesta concertación entre Kouri Bumachar y Lowry Gazzini, así queda evidenciado de su lectura. Ocurre lo mismo con el punto 4.12., del mismo título que menciona "*El Addendum al contrato de concesión de la vía expresa del Callao y anexo, obrante de fs. 856 a 865 celebrado el 22MAYO2002, suscrito por el Alcalde Municipal Alexander Martín Kouri Bumachar en representación del Concedente y el Gerente General de la empresa CONVIAL CALLAO SA Javier Lowry Gazzini concesionario*", luego describe el objeto, pero insistimos que se trata de un elemento de prueba referido a una supuesta concertación entre Ángel Guasco y el citado Kouri Bumachar y no como un hecho nuevo y circunscrito a una supuesta colusión entre los que suscriben la adenda. Finalmente los siguientes puntos persiguen el mismo propósito (4.13; 4.14; 4.15; 4.16) que tienen que ver con las adendas y el punto 4.18 que se refiere a un documento que acreditaría un viaje realizado conjuntamente por el acusado Kouri Bumachar con Lowry Gazzini, Félix Moreno Caballero y Juan Sotomayor García, de Lima a Buenos Aires, que también es presentado en calidad de elemento de prueba para establecer la sugerida colusión entre Ángel Guasco y Kouri Bumachar.

1.18.- Para mayor precisión, en el título V que dice Análisis y Valoración de los elementos de prueba, se señala puntualmente en el ítem 5.5.- se reitera que *"se ha establecido que el imputado Alexander Martin Kouri Bumachar con la clara finalidad de favorecer a la empresa Convial Callao SA (antes consorcio CCI Concesiones Perú) y previa concertación del representante legal de dicha empresa, con fecha 30 de marzo del 2000, en su condición de Alcalde de la Municipalidad del Callao, llegó a suscribir un Contrato Preparatorio de Concesión, contraviniendo lo estipulado en el TUO aprobado por decreto supremo N° 059-96-PCM", ...etc y describe el contenido de dichas normas. En el punto 5.6.- dice "Una vez que se logro el aumento de capital social de la empresa CCCSA (31ENE2001) el imputado Alexander Martin Kouri Bumachar en su condición de Alcalde y en representación de la Municipalidad Provincial del Callao, con fecha 09 de Febrero del 2001 suscribió con dicha empresa (la concesionaria), representada por su Gerente General Mario Ernesto Angel Guasco el contrato de concesión de la vía expresa del Callao" .etc.*

1.19.- Luego afirma que siempre con la finalidad de favorecer a la empresa se suscribió adendas, las que describe puntualmente a partir de los puntos 5.7.- y siguientes sin mencionar ninguna otra persona con la que supuestamente se hubiera concertado, o tal vez en el supuesto antes referido que la concertación fue con todos, pero el hecho concreto es que no hay precisión ni referencia puntual, por tanto queda evidente que únicamente dicha acusación fiscal se concentra en un acto de colusión desleal de Kouri Bumachar supuestamente con Ángel Guasco. En el punto 5.13. afirma el Ministerio Público de manera conclusiva que *"por las consideraciones indicadas ut supra" ... "se llega la conclusión de que dicho acusado en su condición de funcionario público y Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, en realidad si llegó a sostener reuniones y negociaciones de concertación ilegal con los representantes legales de las empresas del Consorcio (CONVIAL CALLAO SA) antes Consorcio CCI*

Concesiones Perú SA a fin de beneficiar económicamente a estas afectando los intereses económicos de la Municipalidad en mención, actos de concertación que sostuvo desde antes de que designara de forma irregular a los miembros del Comité de Recepciones del Concurso Público para la ejecución de la obra, (sin embargo no dice con qué personas se habría producido esas concertaciones previas), quienes eran sus allegados, amistades y personal de confianza, las mismas que trabajaron Ad honorem y quienes finalmente transgrediendo las Bases Generales del Concurso eligieron y otorgaron la buena pro al consorcio", etc. luego menciona nombres de los que integraron los comités. Nuevamente esta referencia genérica nos deriva en la opción de considerar que la concertación habría sido con todos, en todo caso la imprecisión se mantiene. Hasta aquí hechos imputados por fiscalía, pero es necesario considerar en la evaluación final el agregado que hace el Ministerio Público en su requisitoria final, concluido el debate oral, donde menciona que los particulares interesados en este caso serían Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga,

1.20.- Así descritas las cosas por quien tiene la titularidad de la acción penal, la carga de la prueba y sobre todo siguiendo el principio acusatorio, tan privilegiado y necesario para la satisfacción de estándares mínimos del debido proceso, estamos ante una acusación sustentada respecto de la responsabilidad penal del servidor público por el delito de colusión, pero imprecisa, en la referencia del tercero particular involucrado puesto que el Ministerio Público por un lado afirma actos de concertación entre Kouri Bumachar y Ángel Guasco, basado en que ambos suscribieron el denominado contrato preparatorio, luego el contrato definitivo y finalmente las cláusulas adicionales, pero también se hace referencia a actos de concertación durante el proceso de ejecución, lo que desconcierta debido a que no se determina con qué persona o personas se habría concertado en esta etapa y solo se afirma genéricamente que habrían intervenido

funcionarios y representantes de la empresa como terceros, esta genérica apreciación fiscal no puede servir de argumento de acusación para considerar que los actos de concertación habría sido con todos los demás involucrados en la denuncia fiscal y auto que abre proceso penal.

1.21.- Con total claridad podemos concluir señalando que toda la actividad delictiva (delito de colusión) gira en torno del proceso de concesión para otorgar la buena pro para la construcción de la Vía Expresa del Callao, comportamiento ilegal que habría comenzado inclusive antes de la formalización del proyecto y probablemente, dicho proyecto se sustentó en la necesidad de favorecer a alguna persona, personas a través del otorgamiento de la concesión, conforme hemos indicado al resolver la excepción de prescripción. La delimitación fáctica que hace el Ministerio Público, precisamente abarca desde el momento mismo que se declara en emergencia la red vial del Callao, hasta la ejecución de la obra, circunstancias y tiempo en el que intervienen diversas personas que dan contexto a las diversas etapas del proceso de contratación y ejecución, por tanto tiene singular importancia la primera etapa del proceso, en referencia a los actos de concertación en los que habría intervenido el acusado Kouri Bumachar. Esta precisión temporal y fáctica que hace el Ministerio Público, circunscribe su descripción esencialmente al momento en que se inicia el proceso desde que se declara en emergencia las vías del Callao, lo que remite inmediatamente a la elaboración de las Bases del concurso, que ya van perfilando sus propósitos hacia determinadas personas que conforman las empresas que posteriormente ganarían el concurso, el resto de la evaluación es para determinar el quantum de la pena y el monto de la reparación civil y finalmente termina acusando a Alexander Martín Kouri Bumachar como autor del delito contra la administración pública en la modalidad típica de colusión desleal en agravio del Estado y luego solicita la pena, cabe advertir que no se menciona en esta acusación complementaria circunscrita expresamente a la situación de Kouri Bumachar y el delito de

colusión, quién o quiénes serían los coautores y cómplices de ese delito, lo que nos remite a evaluar y hacer un complemento con las otras acusaciones que obran en autos, de donde concluimos lo antes afirmado, habiéndose producido el debate oral en esos términos

1.22.- El debido proceso requiere que el imputado tenga pleno conocimiento de los extremos fácticos que constituyen los cargos y sobre esa base la determinación precisa de las normas legales aplicables a cada hecho, con precisión de los involucrados, lo que en este caso no ha sido constante, sino más bien ha variado finalmente, inclusive inicialmente había doble imputación por los mismos hechos delito de colusión desleal y negociación incompatible.

DELITO DE COLUSION DESLEAL:

El tipo penal de colusión desleal, que se encuentra contenido en el artículo 384 del Código Penal, requiere que el funcionario público defraude al Estado, ese es su principal requerimiento, para ese fin debe concertarse, fuera de la ley, esto es de manera ilícita con terceros interesados, en cualquier forma de contratación en el que interviene por razón de su función. Exige este tipo penal que el servidor público realice actividades propias de su función, pero tendientes a engañar, defraudar y perjudicar al Estado, con un efectivo o potencial daño patrimonial. Esta exigencia del daño patrimonial, en la norma vigente después de las sucesivas modificaciones que se ha producido, ha derivado en un debate nada pacífico que aún no concluye y que está por definirse, puesto que bajo el criterio de preservar una buena administración pública y que los funcionarios públicos en el ejercicio de su función, cumplan con sus obligaciones legales de manera fiel y velando siempre por los intereses y bienestar del Estado, aun cuando no haya perjuicio patrimonial, se denominaría colusión simple y cuando está presente el daño patrimonial real o potencial estaríamos ante una colusión agravada.

Sin perjuicio del debate subsistente, queda claro en este caso que estamos ante el segundo supuesto, vale decir colusión con perjuicio patrimonial, estamos frente a un delito de infracción del deber, en el que el sujeto activo quebranta un esencial deber de función, velar por los intereses estatales, mediante actos de concertación o acuerdo perjudicial para el Estado, pudiendo ser dicho perjuicio patrimonial o moral.

Si consideramos que el bien jurídicamente protegido es la buena marcha y funcionamiento de la administración pública, transgredir ese deber, constituye un elemento esencial en el tipo penal, dicha transgresión se presenta a través del ejercicio de la función que permite o faculta al servidor público, contratar en cualquiera de sus modalidades con particulares, en representación del Estado, actividad que debe realizar como si se tratara de su interés propio, sin embargo cuando no se privilegia ese interés y se beneficia otros intereses mediante actos de concertación, la defraudación se hace efectiva, incurriéndose de esta manera en el delito de colusión.

Se afirma que es un delito de encuentro, lo que significa que se debe identificar con quien o quienes ha concertado el servidor público, condición adicional que es preciso determinar, sin cuya identificación o precisión, no se configura el tipo penal.

La responsabilidad penal del autor acarrea la responsabilidad penal del extraneus, pero igualmente la no responsabilidad penal del extraneus, determina la ausencia de responsabilidad en el autor, condiciones que por diversas razones no solo jurídicas, sino esencialmente fácticas y procesales, pueden no coincidir en su determinación en el tiempo y conforme se ha establecido vía jurisprudencia, (como veremos más adelante), es factible identificar al autor y posteriormente procesar a los cómplices extraneus.



Resulta fundamental en el tipo penal, esa voluntad y conciencia de defraudar al Estado a través del ejercicio de la función pública, defraudando la correcta e idónea marcha de la administración pública, beneficiando al tercero particular interesado, condición que concuerda con esa condición del tipo penal, ser un delito de encuentro.

2.- LA ACTIVIDAD PROBATORIA:

DECLARACION DEL ACUSADO ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR:

2.1.- Quien en sesión de fecha 18 de junio del 2015, manifestó que fue Alcalde electo de la Provincial Constitucional del Callao desde el año 1995 por 11 años consecutivos, habiendo sido reelecto tres periodos; posteriormente en el año 2010 postula al Gobierno Regional, para tal efecto renunció al cargo de Alcalde de la Provincial Constitucional del Callao .

2.2.- Sostiene que conoció a Augusto Dall'orto Falconi hace muchos años atrás, antes de la suscripción del contrato, pero que no recuerda las circunstancias, y que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, designa al antes referido como Presidente del comité de Concesiones de la "Vía expresa del Callo", porque reunía con el perfil que para el caso se requería, además era un consultor de organismos multilaterales vinculado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y por su larga experiencia en temas viales tanto en el Callao como en Lima metropolitana, es que decide nombrarlo como tal.

2.3.- Precisó que al momento de tal designación no conocía a la hija de este (Claudia Dall'orto Corrochano), posteriormente a inicios del mes de julio de 1999 inició una relación sentimental, para luego en septiembre del mismo año formalizar dicha relación, contrayendo nupcias con Claudia Dall'orto en enero del 2000, es por esas circunstancias que decide apartar a su suegro Augusto Dall'orto Falconi de la función como Presidente del Comité de concesiones de la

"Vía Expresa del Callao"; designando en su reemplazo y en calidad de personal de confianza al señor Edgar Barriga Calle como Presidente de dicho comité.

2.4.- Señaló que conoció a Roberto Dall'orto Lizarraga en algunas reuniones familiares, pero que no le une ningún vínculo de amistad, ni social, aclara que este es pariente lejano de su esposa, ya que el padre de Roberto Dall'orto era primo hermano de su suegro. Que, tomó conocimiento que el antes mencionado era accionista minoritario del consorcio CCI Concesiones Perú (Roberto Lizarraga gerente general de la empresa - ICCGSA), a través de un informe televisivo que se hizo público en ese entonces, por lo que realizó las indagaciones pertinentes a efectos de verificar si existía algún impedimento legal, llegando a la conclusión que no existía impedimento alguno para tal fin, toda vez que el vínculo de consanguinidad o de afinidad entre Roberto Dall'orto y su suegro (Augusto Dall'orto Falconi) eran del quinto grado o más, por lo que no estaba enmarcado dentro de los impedimentos que establecía la norma, además que Roberto Dall'orto Lizarraga no se presentó en ninguno acto de suscripción del contrato.

2.5.- Refirió que designa al señor Edgar Barriga Calle como Presidente del Comité de Concesiones de la "Vía expresa del Callao" por su trayectoria como profesional y amplio conocimiento en el tema de la ingeniería vial, por lo que no transgredía ninguna norma, que conoció al antes mencionado porque era socio de la empresa Barriga & Dall'orto, empresa relacionada con Augusto Dall'orto. Señaló que no tuvo conocimiento que la empresa CV Proyectos de propiedad de Barriga Calle haya trabajado para el Banco Financiero en resguardo del crédito otorgado para la ejecución de la "Vía Expresa del Callao"

2.6.- Manifestó que los proyectos del contrato preparatorio así como del contrato definitivo fueron elaborados por el área legal de la Municipalidad Provincial del Callao y suscritos por él en su condición de Alcalde de la Municipalidad provincial del Callao, que dichos proyectos se dieron en el periodo

entre el otorgamiento de la buena pro y la suscripción del contrato final entre los años 2001 y 2002, respectivamente. Del mismo modo las adendas al contrato definitivo también fueron elaboradas y visados por asesores del área legal, ello por acuerdo de las partes en virtud al marco del contrato principal; que los contratos antes referidos y sus adendas fueron sustentados con estudios técnicos y jurídicos.

2.7.- Sostuvo que el FINVER (Fondo Municipal de inversiones del Callao, S. A.) es una empresa municipal que fue creada por la Ley Orgánica de Municipalidades, que dependía del Alcalde, a quien le encargó la elaboración de las bases del concurso de Proyectos integrales, por resolución de Alcaldía N° 000180.

2.8.- Señaló, que decidió que la empresa CONVIAL cobre el peaje antes de la culminación de la obra, porque las condiciones y las circunstancias que pasaba el país así lo ameritaba, y decide modificar el contrato vía adendas porque le pareció y consideró que era la única posibilidad de darle seguridad a la empresa a fin de que culmine con la referida obra; manifestó que para el tema del estudio del mercado existen documentación pertinente en el gobierno local, pero que desconoce quién los habría elaborado. Que el destino del dinero recaudado por el cobro del peaje termino en manos del consorcio CONVIAL

2.9.- Refirió que como alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, firmó el contrato definitivo de la concesión de la "Vía Expresa del Callao" mas no supervisa ni ejecuta obra alguna, que eso es competencia de la empresa ganadora de la buena pro.

2.10.- Preciso que a través de la adenda del 22 de mayo del 2002, se suspende la ejecución de la obra "tramo Elmer Faucett y la avenida Venezuela" hasta que la Municipalidad de Lima llegue a una solución con su concesionario y pueda otorgar la licencia al Callao para la ejecución de la referida obra, en tal sentido esta

adenda se suscribe a efectos de que no se cobre la penalidad en contra de la empresa CONVIAL por un hecho que es aplicable a un tercero, es decir a la Municipalidad de Lima con su concesionario.

2.11.- Señaló que mediante la tercera adenda del 21 de mayo del 2004 se agruparon en zonas A, B y C, a fin de reformar el cobro de peaje y abrir una primera etapa y ejecutarlo en un corto plazo en un periodo determinado que era la fase a lo cual se sumó un área que no estaba incorporada inicialmente que el ovalo de las doscientas millas hasta el ovalo del aeropuerto Jorge Chávez, asimismo este agrupamiento obedece a la coyuntura que vivía el país en ese momento, asimismo para que la empresa CONVIAL tenga seguridad de que el cobro del peaje y la ejecución de la obra iba a ser sostenida a través del tiempo.

2.12.- Manifestó que a través de la cuarta adenda de fecha 10 de enero del 2005 se amplió el plazo de ejecución del tramo "B" por 31 meses, ello por una serie de vicios ocultos que fueron informados oportunamente, además hubieron algunas exigencias de empresas particulares como EDELNOR, que exigían determinados pagos de servidumbre que impidieron la ejecución de la obra de la "Vía Expresa del Callao".

2.13.- Sostuvo que a través de la quinta adenda de fecha 03 de marzo del 2006 se dejó sin efecto el carácter que tenía el contrato de concesión de gratuito a oneroso a favor del Estado y el primer y más importante fue inversión "0" por parte de la municipalidad frente a una obra ejecutada con recursos privados.

2.14.- Señaló que en la fecha de los hechos la Ley de Municipalidades permitió que un gobierno local pueda disponer de sus recursos con acuerdo de consejo y puede otorgar a los micro empresarios, empréstitos o donaciones de forma directa, que ello se da en todas las entidades públicas que administran recursos

públicos. Rotundamente señaló que la Municipalidad del Callao haya entregado un centavo a CONVIAL, así lo señala el peritaje que obra en autos.

2.15.- Manifestó que después de la suscripción de una adenda recién solicitaba la aprobación de la misma ante el Consejo, porque así lo señala la norma municipal y él como Alcalde estaba debidamente facultado para firmar contratos pertinentes, y que no necesitaba de ningún acuerdo del Consejo para darle la plena validez a los actos que suscribió. Él, no tenía nada que ocultar al contrario con todos estos actos respecto a las suscripciones de las adendas fue un acto de transparencia.

2.16.- Refirió que su presencia en el Servicio de Inteligencia Nacional fue porque él tenía interés que el Presidente de la República de ese entonces participe en la suscripción del contrato de la "Vía Expresa del Callao", pero que solo participó el Primer Ministro y el Ministro de Transportes y Comunicaciones.

2.17.- Señaló que desde la convocatoria 18 empresas compraron las bases del Concurso Público de Proyectos Integral para la Ejecución de la "Vía Expresa del Callao", empresas que presentaron su solicitud y adquirieron sus bases de licitación, pero que CONVIAL fue la única que cumplió con los requisitos y presenta la documentación pertinente; además añade que como Alcalde del Callao no solo conversó con la empresa CONVIAL sino con todas las que se presentaron al concurso público.

2.18.- Manifestó que este concurso público de la "Vía Expresa del Callao" no se ejecutó con la Ley de Contrataciones con el Estado, sino fue a través del acuerdo de consejo en este caso la Ordenanza Municipal N° 006-97, con esta norma se dio la totalidad de concesiones durante su periodo como Alcalde del Callao. Rotundamente señaló que la Municipalidad del Callao si era competente para ejecutar el tramo que fue materia de concurso público, por cuanto era una

vía de competencia municipal, caso contrario hubiera sido denunciado por usurpación de funciones y abuso de autoridad.

2.19.- Que la obtención de la licencia para la ejecución de la obra de la "Vía expresa del Callao" correspondía a una coordinación del gobierno local del Callao con la de Lima, toda que vez que la obra del Callao era la consecución del otorgamiento de la buena pro de igual tipo de obra y concesión en todo el eje de la Avenida Javier Prado hasta el limite con el Callao, por lo que se requería de una coordinación conjunta de ambos municipios.

2.20.- Refirió que en la fecha de los hechos viajó a Argentina por tres días más o menos, conjuntamente con Félix Moreno Caballero por cuestiones políticas y Lowry Gazzini hizo lo mismo por cuestiones personales, pero que este último no participó en las reuniones que tuvieron con el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, habiendo solventado este viaje con sus propios peculios.

2.21.- Manifestó que la Contraloría General de la República inicia una acción a su criterio politizado y sesgado, que no cumple con los requisitos de ley y es presidida por un ingeniero que estaba inhabilitado, que no fue notificado debidamente a fin de hacer sus descargos de los hallazgos en la comuna del Callao, previo al informe final que emitieron los auditores.

2.22.- Señaló que el Comité de Concesiones de la "Vía Expresa del Callao" tenían autonomía propia que no dependían, ni daban cuenta ni eran fiscalizados por el Alcalde, ni él intervenía en la acción autónoma de cada una de las comisiones que fueron designados conforme a la ordenanza N° 000180. Manifestó que el comité de concesiones estaba integrado por el comité de evaluaciones quien daba cuenta ante su despacho como última instancia.

2.23.- Señaló que todas las adendas y el contrato tenían un solo propósito y un solo beneficio, que era ejecutar la obra a costo cero y en favor de la población

del Callao, así como el cien por ciento de las rentas de la Municipalidad sean destinadas para obras sociales. Finalmente sostuvo que no hubo nepotismo, ni acción defraudatoria en contra del Estado, como Alcalde se dedicó a diversas obras según las competencias de la normatividad vigente en ese tiempo.

2.24.- En su afán de defensa, legítima y legal, señala esencialmente los siguientes puntos: i) dice que el informe de Contraloría, no puede ser prueba imparcial, debido a que convierte a la Contraloría en Juez y parte. Parte este criterio de una supuesta animadversión política del gobierno de ese entonces, que habría utilizado a la Contraloría para imputarle la comisión de delitos, por ser su enemigo político, conforme lo ha expresado en el debate oral, cuando fue interrogado. (Debemos destacar que el acusado, no se percata que el informe de contraloría es solo el punto inicial de referencia para establecer responsabilidad penal o no). Reclama en este punto una prueba neutra, la actuada por el Poder Judicial, pericia contable, que determina la inexistencia de perjuicio económico para el Estado, por cuanto la Municipalidad no ha desembolsado un centavo en este contrato; ii) Luego aborda la potestad que tiene la Municipalidad del Callao, para convocar la concesión de la Vía Expresa Callao, señalando que no se trata de una vía Nacional, la que esta descrita por la Avenida Gambeta, en consecuencia, estima que no ha usurpado ninguna función al declarar en emergencia las vías del Callao y haber convocado a concurso de concesión la Vía Expresa del Callao, iii) Dice que no resolvió el contrato con Cónvial Callao SA porque la Municipalidad no controla el avance de obra y el financiamiento de la misma, era la empresa Alpha Consult, la que se encargaba de esa tarea y nunca le recomendaron ni resolver el contrato ni imponer penalidades; iv) Respecto de las personas con las que se habría coludido, según acusación fiscal, dice que a Augusto Dall'orto Falconi lo conoce a instancia de Gordillo Tordoya que le recomienda unos días después de haberse declarado en emergencia las vías del Callao y haberse hecho la convocatoria para el concurso de concesión, por tanto cuando es designado

Presidente del Comité de Concesión, no tenía ninguna relación con dicha persona, por lo que mal podría haberse concertado con dicha persona y que nueve meses después es que contrae matrimonio con su hija a quien también conoce posteriormente a esos acontecimientos, luego fija su atención en el grado de parentesco de Roberto Dall'orto Lizarraga con Augusto y Claudia Dall'orto; v) finalmente señala que la participación de Roberto Dall'orto Lizarraga en CCCSA, que esta compuesta por varias empresas, alcanza apenas el 0.83% del accionariado, por tanto no tiene consistencia, según su apreciación, actos de concertación en esos términos.

3.- DECLARACION DE TESTIGOS:

3.1.- EVELYN VARGAS CANDUELAS, LUIS MANUEL SÁNCHEZ RUTTI, ERIKA ROCIO CARRERA TORRES, EDUARDO COTRINA CHÁVEZ Y PACO ANÍBAL TOLEDO YALICO (Testigos técnicos):

3.1.1.- Quienes en sesión de fecha 20 de agosto del 2015, manifestaron que el objeto del examen especial que emitieron fue determinar la razonabilidad técnica y legal del proceso de concesión de la "Vía Expresa del Callao", habiendo analizado las transacciones vinculadas a la presente concesión, cuyos resultados se concentran en los informes especiales N° 172-2007 y 240-2007.

3.1.2.- Señalaron que en merito al acuerdo N° 042-10 de fecha 10 de junio de 1999, la misma que declara en emergencia todas las vías Provincial del Callao, se inició toda la operación de esta concesión, sin embargo a juicio de ellos, este acuerdo no expone todo los elementos ni han podido identificar informe técnicos, ni documentos legales que sustenten la necesidad de declarar en emergencia las vías del Callao.

3.1.3.- Precisaron que el marco legal en la fecha de los hechos, en lo que se refiere a concesiones, eran los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y N° 60-96-

PCM, sin embargo la concesión de la "Vía Expresa del Callao" se reguló con la emisión de la Ordenanza Municipal N° 000006 emitida por la Municipalidad del Callao, precisaron que esta ordenanza solo regulaba bienes y servicios mas no para concesiones de vías urbanas provinciales e interdistritales.

3.1.4.- Establecieron que las reglas procedimentales para el otorgamiento de una concesión se establecen en las bases generales del concurso público. Asimismo señalaron que la empresa CONVIAL no cumplió con las exigencia del sobre tres, esto es presentar la carta fianza por un millón de dólares, conforme lo exigía las bases generales, sin embargo CONVIAL solo presentó una carta fianza por quinientos mil dólares a favor del mismo consorcio y no a favor de la Municipalidad del Callao; tampoco presentó sus balances auditados, que CONVIAL CALLAO se consorcio con empresas que tenían pasivos patrimoniales y además no presentaron documentos que acrediten como persona jurídica capaz de obtener un crédito; en tal sentido la Municipalidad del Callao debió de descalificarla automáticamente.

3.1.5.- Sostuvieron que la empresa CONVIAL CALLAO a la firma del contrato definitivo no tenía el capital que se exigía en las bases de la concesión, que ello se puede corroborar con la escritura pública que presenta la referida empresa, habiendo firmando un contrato preparatorio en la cual se amplía el plazo hasta casi un año, es decir, recién firman el contrato definitivo el 09 de febrero del 2001, no cumpliendo con lo establecido en las bases generales, esto es, suscribir el contrato de concesión el 30 de abril del 2000, sin embargo firmaron el referido contrato siete u ocho días después de que CONVIAL consigue el capital suscrito de doce millones.

3.1.6.- Que, en este tipo de concesiones no cabe la figura jurídica de "contrato preparatorio" porque hay una garantía de fiel cumplimiento de obligaciones que

se firman, aunado a ello hay un concurso que se lleva a cabo y obliga a las partes a la suscripción del contrato.

3.1.7.- Sostuvieron que la Municipalidad del Callao, contaba con un plan de desarrollo urbano al año 2015 que era de cumplimiento obligatorio, en este plan se establecía que al avenida Elmer Faucett era una vía interprovincial, toda vez que dicha avenida pasa por dos distritos, que el Ministerio de Transporte es quien regula los temas de transportes; no evidenciaron acuerdo alguno con otros municipios que le permita ejecutar la obra en una vía interprovincial.

3.1.8.- Refirieron que la empresa CONVIAL invirtió un monto de ocho millones ciento ochenta y dos mil dólares, aproximadamente, de treinta y cuatro mil dólares que era el compromiso de inversión, que no tuvieron acceso a la información del cobro de peaje, por lo que no pudieron determinar a cuánto ascendió los ingresos que obtuvo la empresa CONVIAL por el cobro de peaje. Finalmente y respecto al equilibrio económico manifestaron que son obligaciones que tienen las partes frente a los beneficios que genere un proyecto.

3.2.- HERNÁN BONIFAZ OCAMPO:

3.2.1.- En sesión de fecha 22 de octubre del 2015, manifestó que entre los años 1999 al 2000 inició sus actividades como político y entre los años 2003 al 2006 se desempeñó como Regidor de oposición de la Municipalidad del Callao, siendo sus funciones, de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades, esto es de legislar y fiscalizar la gestión de la Municipalidad del Callao a cargo en esa época, del acusado Alexander Kouri Bumachar.

3.2.2.- Refirió que en mayo del año 2003, convocaron a una sesión de consejo Municipal a fin de ratificar la cuarta adenda al contrato de concesión de la "Vía Expresa Callao", la misma que ya estaba aprobada y firmada por el acusado Kouri Bumachar, el Gerente General y el asesor Jurídico; y al no tener mayor

conocimiento al respecto solicitaron evaluar dicha adenda en una próxima sesión de audiencia. Preciso que el contrato de concesión fue firmada en el año 2001 cuando él no era regidor.

3.2.3.- Manifestó que tuvo conocimiento del Contrato preparatorio cuando solicitaron toda la documentación para ratificar la cuarta adenda, refiriendo además que las tres adendas primigenias ya estaban firmadas; que su voto por la quinta adenda fue en contra, toda vez que al existir un contrato primigenio en el cual el peaje se iba a cobrar después de culminada la obra, bajo su concepción se estaba desnaturalizando el objetivo del contrato.

3.2.4.- Señaló que según la Nueva Ley Orgánica de las Municipalidades todas las concesiones que se daban en los gobiernos regionales y locales tenían que ser aprobadas y ratificadas por el consejo Municipal, preciso que la ley anterior disponía que solo firmara el Alcalde, el gerente y el Colegiado.

3.3.- EDGAR SANTIAGO BARRIGA CALLE:

3.3.1.- En sesión de fecha 29 de octubre del 2015, manifestó que por resolución expedida en el año 2000 por el acusado Kouri Bumachar, Alcalde de la Provincia Constitucional del Callao en aquel tiempo, presidió el comité de concesiones de la "Vía Expresa Callao" integrado por el ingeniero José Ferreyros García, doctor José Talavera Herrera y su persona en reemplazo del señor Augusto Dall'orto Lizarraga quien primigeniamente había sido nombrado como Presidente del referido comité; preciso que no tiene conocimiento si Dall'orto Falconi fue revocado o renunció al cargo de presidente del comité.

3.3.2.- Refirió que no recuerda quien le invitó a participar en dicho comité, pero que debió ser el equipo técnico de alcaldía; que él acepto formar parte del comité porque el proyecto de la vía expresa callao era muy importante, ya que esta vía unía el aeropuerto con la ciudad.

3.3.3.- Señaló que el comité de concesiones, presidida por su persona, otorgo la buena pro a la empresa Consorcio CCI concesiones Perú, en merito a los informes emitidos por FINVER CALLAO S.A. donde se señalaba el cumplimiento de los aspectos legales y económicos, precisando que no tomó conocimiento que las personas de Roberto Dall'orto Lizarraga y María Dall'orto Lizarraga eran socios de la empresa en mención.

3.3.4.- Preciso que solo en dos oportunidades trató con el acusado Kouri Bumachar, una de ellas fue cuando entregó todo el informe de la comisi6n de concesiones de la "Vía Expresa Callao". Que conoció a Augusto Dall'orto Falconi desde el año 1968, posteriormente formaron la empresa consultora Barriga & Dall'orto S.A., habiéndose disuelto dicha empresa en el año 2013, asimismo señaló que conoció a sus dos hijas Jeanina y Claudia Dall'orto cuando estas eran pequeñas, no habiendo mantenido ningún trato amical con ellas. Finalmente manifestó que no tomó conocimiento si en las bases del concurso público de proyectos integrales, se estipulaba la existencia de un contrato preparatorio.

3.4.- JOSÉ ROBERTO DALL'ORTO LIZARRAGA:

3.4.1.- En sesi6n de fecha 29 de octubre del 2015, manifestó que la empresa ICCGSA fue fundada por su padre y otros socios hace 50 años, en el año 2000 se desempeñó como Director y asesor en diferentes proyectos de la referida empresa.

3.4.2.- Señaló que en el año 1999 su empresa ICCGSA se consorcio con la empresa Concesiones Perú SAC, ello a fin de presentarse al concurso público de la "Vía Expresa Callao", posteriormente la asociaci6n Consorcio CCI -Concesiones Perú se constituyó en la sociedad anónima CONVIAL CALLAO S.A., precisó que él no tuvo participaci6n directa en el concurso de proyectos integrales

3.4.3.- Refirió que no recuerda que su tío lejano Augusto Dall'orto Falconi era el presidente del Comité del "Concurso Público de Proyectos Integrales para la Ejecución de la Vía Expresa del Callao de acceso al Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", a través de la avenida Elmer Faucett", señaló desconocer el motivo por el cual no se firmó el contrato definitivo dentro del plazo estipulado.

3.4.4.- Asimismo señaló que la relación familiar entre Augusto Dall'orto Falconi y Claudia Roxana Dall'orto Corrochano eran lejanas, siendo su padre primo hermano con Augusto Dall'orto Falconi. Finalmente refirió que no mantuvo conversación alguna con los integrantes del comité de concesiones ni con el alcalde de esa época.

3.5.- FERNANDO ENRIQUE GORDILLO TORDOYA:

3.5.1.- En sesión de fecha 19 de noviembre del 2015, manifestó que desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre del 2006 se desempeñó como Gerente General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao, siendo sus funciones como supervisar, verificar, controlar y otorgar permisos para la ejecución de las obras publicas y privadas, las mismas que están establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad.

3.5.2.- Señaló que integró el comité de recepción del proyecto integral "Vía Expresa del Callao", conjuntamente con Javier Ernesto Orellana Vilela y José Alejandro Talavera Herrera, refiere que fueron designados por el Alcalde acusado Kouri Bumachar como personal de confianza, desconoce cómo se llevó a cabo la elección de los miembros del referido comité; que sus labores en el comité era verificar cuantitativamente que los documentos presentados por los postores cumplan con los requisitos establecidos en las bases, levantar el acta junto con el notario y el representante de la OSCI y derivarlo a la siguiente

comisión quien tenía que evaluar todos los documentos; precisó que tuvieron una sola propuesta económica.

3.5.3.- Manifestó haber conocido a Augusto Dall'orto Falconi entre los años 1996, 1997 ó 1998 -no recuerda bien- pero fue cuando viajó a diferentes países por las propias responsabilidades como Gerente General de la Municipalidad del Callao; que recomendó al señor Dall'orto Falconi ante el alcalde de la Provincia Constitucional del Callao por ser un profesional conocedor en temas de infraestructura vial, y reconocido a nivel internacional, recomendación que realizó porque el acusado Kouri Bumachar estaba buscando un profesional que reúna dicho perfil a fin de que este presida el comité de concesiones del Concurso Público De Proyectos Integrales.

3.5.4.- Sostuvo tajantemente que la relación sentimental del acusado Kouri Bumachar con la hija de Augusto Dall'orto Falconi fue antes del nombramiento del comité de concesiones del Concurso Público De Proyectos Integrales, es por ello que el acusado Kouri Bumachar decide cambiar al señor Augusto Dall'orto Falconi como presidente del comité de concesiones al haber conocido en una reunión social a la hija de este, con quien empieza a tener una relación sentimental.

3.5.5.- Manifestó que no recuerda la existencia del contrato preparatorio, pero que si visó cinco adendas del contrato definitivo, previamente revisaba si lo que estaban pidiendo era viable técnicamente.

3.6. ALDO EUGENIO GOTELLI GONZALES:

3.6.1.- En sesión de fecha 19 de noviembre del 2015, manifestó que se desempeñó como funcionario de negocios de Banca Empresarial del Banco Financiero, precisó que no conoce al acusado Kouri Bumachar.

3.6.2.- Señaló que a sus oficinas llegaron representantes de la empresa CONVIAL a fin de solicitar la aprobación de un crédito, es así que funcionarios del referido Banco convocaron a una reunión y escuchamos las propuestas de negocios de la referida empresa.

3.6.3.- Precisó que después de escuchar el proyecto de la empresa CONVIAL, donde habían manifestado que habían ganado una concesión urbana en el Perú, el Banco evalúa toda la documentación presentada y establece que si es viable el crédito, habiendo otorgado dos préstamos uno de: US\$ 3'000,000.00 millones de dólares y el segundo: de US\$ 2'000,000.00 millones de dólares.

3.6.4.- Señaló que hasta el 2007 la empresa CONVIAL cumplió con los pagos mensuales del crédito, sin embargo después del año en mención ya no fue posible por cuanto se paralizó la obra por problemas externos que tuvo la empresa.

3.7. - WILFREDO PRADO PALOMINO:

3.7.1.- En sesión de fecha 10 de diciembre del 2015, manifestó que fue Regidor de la Municipalidad Provincial del Callao entre los años 1999 al 2006 por el partido Chuim Pum Callao, cuando era alcalde el acusado Kouri Bumachar, siendo su función de fiscalización; refirió que conoció al acusado Kouri Bumachar por razones de trabajo,

3.7.2.- Señaló que aprobó las adendas del contrato definitivo a fin de la que obra continúe, previamente solicitó información técnica; que no había ninguna orden expresa para aprobar o ratificar las adendas que lo hacían por decisión personal, que el asesor legal de la Municipalidad era quien emitía los informes, que no tuvo conocimiento de la existencia del contrato definitivo.

3.7.3.- Declaró que las reuniones de los consejillos eran dirigidos a veces por los regidores o por el alcalde Kouri Bumachar, que en estas reuniones no se tocaban

temas de CONVIAL, mencionó que el acusado Kouri Bumachar era el encargado de presentar la agenda en los consejosillos

3.8.- MARÍA DEL PILAR BAELLA HERRERA:

3.8.1.- En sesión de fecha 10 de diciembre del 2015, manifestó que desde el 16 de octubre del 2004 hasta el 07 de junio del 2005 se desempeñó como Gerente del área jurídica, señaló que el acusado Kouri Bumachar le contrató como personal de confianza por la amistad que ambos tenían, declaró que era la primera vez que laboraba para el sector público sin experiencia en temas de derecho municipal ni contrataciones con el Estado.

3.8.2.- Refirió que conoció a Kouri Bumachar desde que estudiaban derecho en la Universidad de Lima, a Claudia Dall'orto Corrochano por ser la esposa del acusado Kouri Bumachar, asimismo conoció a Augusto Dall'orto Falconi quien es el padre de la esposa del acusado en referencia.

3.8.3.- Manifestó haber visado, conjuntamente con su equipo jurídico, la adenda al contrato de concesión de fecha cinco de enero del 2005, a fin de darle la formalidad legal; sostuvo que nunca recibió consigna alguna por parte del acusado Kouri Bumachar para visar la referida adenda, refirió que no participó ni tuvo conocimiento de la existencia de los llamados "Consejillos".

3.9.- EDWIN FLORES TORREJÓN:

3.9.1.- En sesión de fecha 07 de enero del presente año, manifestó que laboró en la Municipalidad Provincial del Callao desde el año 1996 al 2004 como personal de confianza, precisó que desde el año 1998 a octubre del 2004 se desempeñó como asesor jurídico externo de la Municipalidad Provincial del Callao, asimismo declaró que fue convocado a dicho puesto por su experiencia en temas municipales y en derecho administrativo, dependiendo funcionalmente del Alcalde.

3.9.2.- Refiere que conoció al acusado Kouri Bumachar y a José Talavera Herrera por motivos laborales, manifestó no conocer a Augusto Dall'orto Falconi, ni a Roberto Dall'orto Lizarraga así como tampoco a Claudia Dall'orto Corrochano.

3.9.3.- Sostuvo que como asesor jurídico externo de dicha comuna coordinaba con el Alcalde Kouri Bumachar diversos temas de carácter jurídico a fin de determinar la alternativa legal que pueda superar los inconvenientes que se presentaban en la ejecución de la vía expresa del Callao.

3.9.4.- Señaló que para la emisión de la resolución N° 180 del 29 de junio de 1999 no contenía informe alguno, que solo la revisó y visó la citada resolución; respecto a las adendas preciso que tanto él como el señor Gordillo Tordoya sustentaban las adendas ante el Consejo Municipal

3.9.5.- Respecto al contrato de Concesión manifestó que solo participó en la negociación del contrato posterior al proceso de selección y en la suscripción de las cuatro primeras adendas.

3.9.6.- Manifestó que el otorgamiento del contrato preparatorio se originó por la coyuntura que pasaba el país, en ese entonces, ya que existía un clima de inestabilidad política y económica; y como la concesión CONVIAL CALLAO había hecho una inversión significativa de dinero necesitaba las garantías políticas para garantizar su inversión, por lo que surgió la idea de retrasar la suscripción del contrato; es así que él, Gordillo Tordoya y Ángel Guasco (representante de CONVIAL) plantearon la posibilidad de suscribir un contrato preparatorio basado en lo dispuesto por el Código Civil, habiendo la oficina de asesoría jurídica elaborado el contrato preparatorio posponiendo la ejecución y suscripción del contrato hasta que hubiera un clima de estabilidad, posteriormente comunican al alcalde de este hecho como autoridad competente,

refiere que este tema no fue discutido en las sesiones de consejo porque no correspondía.

3.9.7.- Señaló, que la suscripción del contrato definitivo demoró más de un año, ello por cuanto la normatividad es más flexible, no existen plazos y depende de la naturaleza del contrato y de las circunstancias que se presentan en el momento de la suscripción del contrato; que no le correspondía revisar los requisitos de las bases del contrato definitivo, porque la adjudicación de la buena pro era una facultad exclusiva y excluyente del comité especial, donde no intervenía nadie ni siquiera el mismo alcalde.

3.9.8.- Refirió que él no toma las decisiones en materia de contrataciones que realiza la Municipalidad, que solo plantea la alternativa y la decisión lo toman el Alcalde Kouri Bumachar con el representante de la empresa CONVIAL CALLAO con la suscripción del contrato, ello basado y sustentado en los informes técnicos y legales que emite su persona con el arquitecto Gordillo Tordoya; refiere que para este caso no emitió informe alguno, que solo basto la conformidad con la votación del respectivo contrato.

3.10.- WALTER MORI RAMÍREZ

3.10.1.- En sesión de fecha 07 de enero del presente año, manifestó que se desempeñó como regidor de oposición de la Municipalidad del Callao desde el año 2003 hasta el año 2006, siendo sus funciones la de fiscalizar y proponer algunas acciones para mejorar el ornato de la ciudad. Refirió que mantuvo una relación cordial con el alcalde Kouri Bumachar.

3.10.2.- Señaló que en su gestión como regidor se ratificaron la cuarta, quinta y sexta adenda, pero que él solo aprobó la cuarta adenda de fecha 21 de mayo del 2004 en la cual se otorgaba una garantía complementaria al concesionario en caso que hubiere algún incumplimiento por parte exclusiva de la Municipalidad, la

quinta y sexta adenda no las aprobó porque no estaba de acuerdo con lo que se establecía en cada una de ellas, ya que aprobar adenda tras adenda corrían el riesgo de desnaturalizar el contrato; señaló que al momento de aprobar la cuarta adenda no tuvo a la vista el contrato definitivo. Asimismo manifestó que esta adenda si tenía un informe técnico legal. Finalmente refiere que no llegó a conocer los llamados "consejillos".

3.11.- YLADIO LORENZO ESPINOZA CONDO:

3.11.1.- En sesión de fecha 22 de enero del presente año, manifestó que fue regidor de la Municipalidad del Callao entre el periodo 2003 al 2006, siendo sus funciones de fiscalizar, crear normas y ordenanzas, eso según la Ley de Municipalidades; y también aprobar documentos, como las adendas, que llegaban a las sesiones de consejo.

3.11.2.- Señaló que antes de la fecha de los hechos se desempeñaba como secretario general del Asentamiento Humano "El Dulanto" en el Callao, es en esas circunstancias que conoció al acusado Kouri Bumachar y éste le invita a formar parte de su bancada del Movimiento Chim Pum Callao como regidor. Manifestó que solo cursó estudios secundarios, careciendo de conocimientos legales.

3.11.3.- Sostuvo que visó las tres primeras adendas del contrato definitivo, pero que no participó del referido contrato, en merito a los informes técnicos y legales emitidos por la gerencia de asesoría legal a cargo de Edwin Flores Torrejon y la gerencia de desarrollo urbano a cargo de Gordillo Tordoya, que votó a favor no solo en el caso de la "Vía expresa Callao", sino en muchos temas que fueron vistos en sesión de consejo porque era parte de la gestión del Alcalde de esa época.

3.11.4.- Señaló que previamente a las sesiones de consejo, la bancada de Chim Pum Callao se reunía a fin de tocar el tema de las adendas del contrato definitivo

de la "Vía expresa Callao", las mismas que ya estaban agendadas, reuniones que eran denominadas como "Consejillos" presidida por el acusado Kouri Bumachar. Sostiene que nunca ha recibido presión alguna por parte del acusado Kouri Bumachar a fin de votar a favor de las referidas adendas.

3.12.- JUAN JORGE ORMAECHE FARFAN Y ITLER WENCESLAO ROMERO DÁVALOS: (Testigos técnicos)

3.12.1.- En sesión de fecha 02 y 10 de marzo del presente año, manifestaron que una ecuación económica financiera en un contrato de concesiones es el ingreso menos el egreso da una utilidad y da un resultado con el que se puede determinar un porcentaje de la participación de la concesión.

3.12.2.- Refirieron que para emitir el informe pericial analizaron el contrato de concesiones y sus respectivas adendas solo respecto a la cuantificación del monto a determinar, mas no determinaron las obligaciones del contratista o concesionario porque no lo solicitó el juez instructor; asimismo la referida pericia no esta determinado en función al perjuicio al Estado por no haber recibido la obras, sino era determinar y cuantificar el monto de ingresos proyectados.

3.12.3.- Asimismo para determinar el monto de ingresos por pago a los 30 años de concesión, conforme al objeto de la pericia, solicitaron información tanto a CONVIAL CALLAO como a la SUNAT para ver los ingresos mensuales según libros y en función a estos ingresos que son reales, determinaron el monto de ingresos proyectados; que no tomaron en cuenta la tarifa que pueda existir para cada peaje, habiendo concluido que el monto de ingresos proyectados hubiera sido de S/. 293'461,997.65 nuevos soles en 30 años, tomando en cuenta el promedio mensual de S/. 815,172.22 nuevos soles, que estos ingresos estaban

PODER JUDICIAL

proyectados con una tarifa de 0.70 centavos de dólar conforme a las modificatorias de la adenda de fecha 15 de febrero del 2002.

3.12.4.- Finalmente señalaron que no pueden determinar si la falta de avance o el avance completo de la obra, derivaron en perjuicio o no al Estado, que no entraron a este detalle porque no era parte del objeto pericial, así como tampoco visualizar los aportes de la Municipalidad Provincial del Callao.

3.13.- ALEX RIVAS LOMBARDI:

3.13.1.- En sesión de fecha 31 de marzo del presente año, manifestó ser abogado de profesión, conoció al acusado Kouri Bumachar desde el año 1884 en la Universidad de Lima cuando ambos estudiaban derecho, que fueron militantes del partido político "Partido Popular Cristiano" y es en esas circunstancias que se conocieron.

3.13.2.- Señalo que ocupó cargos de confianza en la Municipalidad Provincial del Callao, desde mayo del 2004 a junio del 2005 como Procurador Público, de junio del 2005 hasta mayo del 2006 fue asesor legal, manteniendo una relación laboral jerárquica con el acusado Kouri Bumachar; manifestó que no conoció a Augusto Dall'orto Falconi, ni a Roberto Dall'orto Lizarraga, ni a Claudia Dall'orto Corrochano.

3.13.3.- Refirió que visó la sexta adenda al contrato definitivo cuando se desempeñaba como gerente legal del referido municipio, previamente solicitó los antecedentes a asesoría Jurídica y advirtió que esta adenda modificaba la segunda adenda que ya había sido aprobado hace cuatro años; y lo que se disponía con la sexta adenda era viabilizar el programa de micro emprendimientos, es decir lo que se había acordado en la segunda adenda se materialice con el visto bueno a la sexta adenda.

3.13.4.- Manifestó que nunca recibió consigna alguna por parte del acusado Kouri Bumachar a fin de darle un margen de legalidad a la sexta adenda con su visado, así como tampoco favoreció a la empresa CONVIAL CALLAO con el visto bueno que otorgó a la referida adenda.

3.14.5.- Asimismo declaró que no tiene conocimiento quiénes elaboraron las bases que sustentaron el concurso público, del contrato preparatorio ni del contrato definitivo, porque él empezó a trabajar en la Municipalidad después del 2005, asimismo dijo que nunca ha hablado ni coordinado con el acusado Kouri Bumachar respecto al contrato de la "Vía Expresa Callao".

3.14.- FÉLIX MANUEL MORENO CABALLERO

3.14.1.- En sesión de fecha 31 de marzo del presente año, manifestó que en el año 2006 se desempeñó como alcalde del distrito de Carmen de la Legua, es médico de profesión. Señaló que conoció a Kouri Bumachar desde las épocas universitarias, habiendo surgido una amistad entre ellos.

3.14.2.- Refirió haber asistido a la boda del acusado Kouri Bumachar con Claudia Dall'orto Corrochano, la misma que fue multitudinaria; asimismo dijo que no conoce a Augusto Dall'orto Falconi, ni a Roberto Dall'orto Lizarraga, ni a José Talavera Herrera, así como tampoco conoce a Lowry Gazzini, ni a Ángel Guasco.

3.14.3.- Refirió que en el año 2006 viajó a Argentina conjuntamente con Juan Sotomayor (Alcalde de Bella Vista) y Alexander Kouri Bumachar (Alcalde Provincial del Callao), invitado por este último y que fue un viaje por cuestiones políticas, que solo estuvieron dos días y no se apersonaron a la sede de la CCI Concesiones.

3.15.- CARLOS ALBERTO BAZO HORNE

PODER JUDICIAL

3.15.1.- En sesión de fecha 21 de abril del presente año, manifestó se abogado de profesión, que desde hace 20 años de dedica a las asesorías y consultorías en gestión pública, fundamentalmente en lo que es calidad de gestión en las altas direcciones de las entidades.

3.15.2.- Refirió que brindo servicios de consultoría en el Gobierno regional del Callao, es así que tomo conocimiento de los informes de Contraloría N° 172-2007 de fecha 15 de octubre del 2007 y el Informe Especial N° 240-2007 de fecha 10 de diciembre del 2007 y empieza a involucrarse más a fondo en el tema de la "Vía Expresa del Callao"

3.15.3.- Señaló que la comisión auditora instalada en la Municipalidad del Callao, no comunicó oportunamente al titular de la entidad municipal el inicio de hallazgos, creando una indefensión que vulnera el debido proceso administrativo y el proceso de auditoria a los involucrados en el tema de la "Vía Expresa del Callao".

4.- PRUEBA INSTRUMENTAL

1. Acuerdo de Consejo Municipal N° 0042 de fecha 10 de junio de 1999, obrante a fojas 57.
2. Resolución de Alcaldía N° 00180 de fecha 21 de junio de 1999, obrante a fojas 59.
3. Las bases generales del concurso de Proyectos Integrales para la concesión de la "Vía Expresa del Callao", obrante a fojas 368 a 382.
4. Resolución del Comité de Concesiones "Vía Expresa Callao" de fecha 28 de febrero del año 2000 obrante a fojas 61 a 63.
5. La Absolución de Consultas obrante a fojas 403 a 426.

6. La carta fianza del 08 de febrero del 2000, emitida por CITIBANK a favor de consorcio CCI Concesiones Perú SAC a fojas 430.
7. la carta fianza emitida por CITIBANK a favor de consorcio CCI Concesiones Perú SAC a fojas 431
8. la Carta Fianza N° 922152 de fecha 04 de febrero del 2000, emitida por el Banco Wiese Sudameris a favor de consorcio CCI Concesiones Perú SAC a fojas 432.
9. Carta Fianza N° 20/0000248-00 del 07 de febrero del 2000, emitida por el banco de Comercio a favor de Consorcio CCI Concesiones Perú SAC a fojas 433.
10. La Carta Fianza del 09 de febrero del 2000, emitida por CITIBANK a favor de CCI Construcciones S.A. fojas 434.
11. Carta de fecha 11 de febrero del 2000 remitida a José Talavera Herrera a fojas 443.
12. Carta Fianza del 08 de febrero del 2000, emitida por CITIBANK a favor de Consorcio CCI Concesiones Perú SAC de fojas 444.
13. Carta dirigida por el Comité de Concesiones de fecha 28 de febrero del 2000 al alcalde Kouri Bumachar obrante a fojas 2707
14. El Acta de calificaciones de fecha 17 de febrero del año 2001 que corre a fojas 2717.
15. La carta dirigida por el Comité de Concesiones de fecha 28 de febrero del 2000 al alcalde Kouri Bumachar obrante a fojas 2707.

16. El testimonio de aumento de capital de CONVIAL CALLAO S.A. con intervención de ingenieros civiles y contratistas S.A. de fecha 31 de enero del 2001 obrante a fojas 757 a 767.
17. La constitución de sociedad anónima cerrada "Concesiones Perú SAC" de fecha 06 de mayo de 1999 obrante a fojas 4156.
18. El testimonio de constitución S.A. de la empresa CONVIAL CALLAO S.A. de fecha 17 de marzo del 2000 obrante a fojas 713 a 739
19. El contrato preparatorio de concesión de fecha 30 de marzo del 2000 obrante a fojas 741.
20. Cláusulas adicionales de fechas 06 de junio del 2000 a fojas 751
21. Cláusulas adicionales de fecha 29 de agosto del 2000 a fojas 752.
22. Cláusulas adicionales de fecha 21 de septiembre del 2000 a fojas 753,
23. Cláusulas adicionales de fecha 24 de octubre del 2000 a fojas 754,
24. Cláusulas adicionales de fecha 19 de diciembre del 2000 obrante a fojas 755.
25. El contrato de concesión de fecha 09 de febrero del 2001 obrante a fojas 65
26. La aclaración al Addendum al contrato de concesiones de la "Vía Expresa del Callao" obrante a fojas 936.
27. Aclaración al Addendum al contrato de contrato de concesión de la "Vía Expresa del Callao" obrante a fojas 938.
28. Addendum de fecha 15 de febrero del 2002 y sus aclaraciones de fecha 20 de febrero del 2002 y 07 de agosto del 2003 obrante a fojas 928

29. Addendum de fecha 22 de mayo del 2002 obrante a fojas 856
30. Addendum de fecha 21 de mayo obrante a fojas 325
31. Addendum 10 de enero del 2005 obrante a fojas 867.
32. Addendum del 03 de marzo del 2006 obrantes a fojas 4743
33. El Acta de Posesión y entrega de bienes obrantes a folios 795.
34. El Acta de recepción de obra y el Acta de Inspección física obrantes a fojas 3031 y 825.
35. Constancia emitida por el Gerente Municipal de la Municipalidad del Callao, obrante a fojas 17033 de fecha 18 de diciembre del 2008 y el Informe N° 010-2001-MPC-DGDU de fecha 03 de agosto del 2001, obrante a fojas 632 a 633.
36. Documento denominado "Impulsando el ordenamiento territorial como eje de un desarrollo sostenible en el ámbito de la cuenca del río Rímac, a través de la gestión de los gobiernos locales de Lima, Callao y Huarochiri" Informe general de la Contraloría General de la República N° 068-2007-CG/MAC Lima Perú 2007 obrante a fojas 26671.

6.- EVALUACION DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE KOURI BUMACHAR EN EL DELITO DE COLUSION Y SUS COACUSADOS.

En principio es preciso plantear que la acusación fiscal, concluido el debate oral no ha variado en cuanto al delito de colusión que se imputa a Kouri Bumachar, para beneficiar al Consorcio CCCSA, esta determinación se ha mantenido a través de todo el proceso desde la denuncia penal, lo que ha variado en todo caso son las personas que actuaron en representación (formal u oficiosa) del citado Consorcio y concertaron con el ex Alcalde Municipal, precisamente para lograr el

beneficio de dicho consorcio, es sobre esos términos que evaluamos la responsabilidad penal o no del acusado.

6.1.- Estima necesario el Tribunal, analizar cuál ha sido el recorrido procesal y las decisiones a las que se ha llegado como consecuencia de la inicial imputación, que comprendía diversas personas y varios delitos, que sin embargo con el transcurrir del proceso se han delimitado, hasta llegar al momento procesal actual donde solo se encuentra acusado Kouri Bumachar, por delito de colusión desleal y los terceros interesados, recién han sido mencionados, debiendo ser procesados. También es preciso anotar que la secuela procesal, por el delito de colusión desleal, la única materia de juzgamiento, que se debate en este juicio oral y falta concluir, tiene el siguiente recorrido: i) el señor Fiscal Superior conforme señalamos no acusa inicialmente por este delito, a Kouri Bumachar, sin embargo por opinión de la Fiscalía Suprema, que desaprueba esa acusación en ese extremo, se le acusa por el citado delito; ii) La Fiscalía Suprema, en el dictamen de fecha 9 de Diciembre del 2014, textualmente señala lo siguiente: "DESAPRUEBA el extremo del dictamen emitido por la Fiscalía Superior, que opina: No Ha Lugar a formular acusación contra Alexander Martin Kouri Bumachar por delito de colusión desleal, en agravio del Estado - La Municipalidad Provincial del Callao-, debiendo, por ende la Fiscalía Superior emitir nuevo dictamen", hacemos la cita específica en razón de que dicha Fiscalía no indica con quien o quienes se habría coludido y aun cuando sugiere en su parte considerativa, finalmente no concluye de manera puntual los extremos de la acusación que requiere; iii) sobre dicha opinión fiscal suprema, la fiscalía Superior emite acusación y concluye: "FORMULO ACUSACIÓN PENAL contra: ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR como AUTOR, del delito contra la administración pública en la modalidad típica de COLUSION DESLEAL, en agravio del ESTADO (Municipalidad Provincial del Callao), solicitando se le

imponga como sanción punitiva: CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD", etc..(Ver dictamen acusatorio de fecha 13 de Febrero del 2015).

6.2.- Esta acusación trae como consecuencia el auto de enjuiciamiento ampliatorio de fecha 01 de abril del 2015, que textualmente dice: "Ampliaron el auto superior de enjuiciamiento de fecha cuatro de septiembre del dos mil catorce y DECLARARON HABER MERITO PARA PASAR A JUICIO ORAL contra ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR, como presunto autor del delito contra la Administración Pública, - Colusión Desleal en agravio del Estado (Municipalidad Provincial del Callao) y se señala fecha para el inicio del juicio oral.

6.3.- Tenemos que advertir en esas condiciones que tanto la opinión de la Fiscalía Suprema como la acusación complementaria no señalan puntualmente a los cómplices o coautores de la colusión desleal supuesta y solo circunscriben ese comportamiento en calidad de autor a Kouri Bumachar, en todo caso como repetimos, la única referencia fiscal del cómplice de colusión de Kouri Bumachar, inicialmente, es Ángel Guasco, en su primer escrito de acusación; defecto inicial que determina un proceso de juzgamiento necesario pero sin el orden y la precisión requerida, lo que deriva en una aparente ausencia específica de la persona o personas con las que se habría coludido el acusado. Por su naturaleza el delito de colusión es como dicen los autores "de encuentro", lo que significa que hay más de una persona involucrada, puesto que el funcionario público que se colude tiene que hacerlo con alguien y en este caso el Ministerio Público por su propio desorden y las diversas opiniones acusatorias inconclusas que ha expedido no indica con quien o quienes se habría coludido Kouri Bumachar, sin embargo una lectura complementaria de esas opiniones fiscales y una derivación de la descripción de los hechos como hemos señalado en considerandos anteriores, nos remiten a circunscribir como el tercero extraneus a la persona con la que

PODER JUDICIAL

suscribe el contrato preparatorio y luego el contrato final, sin dejar de lado las cláusulas adicionales que se suscribe sucesivamente, como vamos a ver al analizar el caso.

6.4.- De inicio partimos con una deficiencia que de no ser subsanada, traerá como consecuencia la absolución del acusado, Ángel Guasco, no ha sido requerido por el Ministerio Público como acusado y si bien es verdad se le vinculó al proceso como cómplice de negociación incompatible y colusión desleal, fue en relación con otros funcionarios de la Municipalidad, como revisaremos más adelante, habiendo sido excluido del proceso penal al haber prescrito la acción penal, por delito de negociación incompatible y al sobreseer el caso por colusión desleal, extrañamente en este caso nunca se hizo presente este procesado, por tanto tiene la calidad de ausente, sin embargo no se dispuso su concurrencia compulsiva al proceso penal, hasta que finalmente la Suprema Corte definió su situación jurídica declarando sobreseído el caso por delito de colusión.

6.5.- Si partimos de la denuncia penal que se hace contra Kouri Bumachar, entre otros delitos por colusión desleal, comprendiendo además a Edwin Flores Torrejón y Mario Ernesto Ángel Guasco como cómplices del citado delito, en el entendido que Kouri Bumachar sería autor de colusión desleal, Flores Torrejón, funcionario Municipal sería autor o cómplice de ese delito (teniendo como referencia a Kouri Bumachar en calidad de instigador o autor) y Ángel Guasco, representante de Consorcio CC Concesiones Perú, que luego devino en el Consorcio Convial Callao SA. (CCCSA), por tanto se entiende que los actos de concertación colusiva se habrían producido entre Kouri Bumachar, el funcionario Municipal Flores Torrejón (asesor legal), con el tercero Ángel Guasco. Posteriormente se amplía la denuncia y se comprende como terceros además a Fernando Enrique Gordillo Tordoya, autor, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini como presuntos cómplices primarios del delito de Colusión

Desleal (ver denuncia ampliatoria de fecha 15 de Agosto del 2008). Debemos significar en este punto que la inclusión de Gordillo Tordoya (funcionario Municipal), es como consecuencia de supuestos actos de colusión con Ángel Guasco y Roberto Lowry Gazzini, representantes sucesivos de CCCSA, por eso se considera a Gordillo Tordoya autor y a los dos terceros representantes de la empresa como cómplices primarios, no se hace referencia expresa de que ambos se hayan coludido con Kouri Bumachar, por tanto el colegiado no puede hacer suposiciones, especulaciones ni mucho menos afirmaciones que no hace el titular de la acción penal, sino circunscribir el juzgamiento sobre aquello que puntualmente se acusa y se debate en el juicio oral.

6.6.- Concluimos entonces que el proceso penal se inicia teniendo a Kouri Bumachar y Gordillo Tordoya como presuntos autores de colusión desleal y Flores Torrejon, Ángel Guasco y Roberto Lowry Gazzini como cómplices del mismo delito, en las condiciones fácticas antes descritas, así se consigna el auto que abre proceso penal (ver resolución de fecha 30 de Diciembre del 2009).

6.7.- Cabe advertir que esas son las condiciones de inicio del proceso penal, posteriormente derivan en imprecisiones y confusiones, debido a la falta de determinación puntual de los delitos que se imputa a cada procesado, determinan que la secuela posterior, se sustente en esas imprecisiones, pues debemos entender, aunque así no lo ha establecido el titular de la acción penal en su dictamen acusatorio, que Kouri Bumachar (Alcalde), conjuntamente con su funcionario Municipal, Gordillo Tordoya, se habría coludido, con colaboración de Flores Torrejón (funcionario municipal) con Ángel Guasco, (tercero representante de empresa), pero además Gordillo Tordoya, (funcionario municipal), se habría coludido con Ángel Guasco y Lowry Gazzini, según los iniciales cargos de imputación. No hay precisión si también Kouri Bumachar se habría coludido con el segundo representante de CCCSA Lowry Gazzini.

PODER JUDIC

6.8.- La descripción que hacemos de los dictámenes fiscales una vez concluido el proceso de instrucción y especialmente como consecuencia de la opinión fiscal suprema, que también es imprecisa, en cuanto a la determinación de los involucrados, derivan en la falta de mención expresa del rol de cada uno de los intervinientes en los hechos y la determinación de los delitos que habrían cometido, con indicación expresa del grado de participación, esto es autores y cómplices de la colusión desleal, lo que si ocurre por ejemplo cuando se menciona el delito de negociación incompatible, pero como hemos señalado líneas arriba, se aclara esa confusión cuando se evalúa la instauración del proceso penal desde el inicio y evaluando la situación de cada involucrado, según los hechos descritos en cada caso, para que la decisión final resulte coherente con los propósitos de la investigación y el debate oral. Precisamente estas imprecisiones, originan que haya varios dictámenes fiscales aclaratorios y reiterados pedidos de los jueces para que el Ministerio Público determine y aclare la acusación primigenia, bajo la facultad normativa del control de acusación.

6.9.- Al iniciar el juicio oral, contra Kouri Bumachar, como presunto autor y Alex Rivas Lombardi y Javier Roberto Lowry Gazzini como presuntos cómplices del delito de Negociación Incompatible y contra Kouri Bumachar por presunta autoría del delito de colusión desleal, se solicitó por parte del Tribunal Superior, que el señor Fiscal aclare y defina los términos de la acusación, en cuanto se refiere a la adecuada tipificación del delito, lo que ocurre, según consta del acta de audiencia de fecha 14 de Mayo último pasado, (segunda sesión), señalando el representante del Ministerio Público que se debe comprender a Kouri Bumachar por el delito de colusión desleal, según establece el segundo párrafo del artículo 384 modificado y en los mismos términos contenidos en la acusación fiscal final del año 2015, que por cierto es la conclusión final de todo el volumen acusatorio que delimita por último los extremos del debate oral no habiéndose mencionado, los otros partícipes del citado delito de colusión desleal, reiterándose

únicamente los contenidos de lo que anteriormente ya se había mencionado, evidentemente el Juzgador no debe realizar el trabajo del acusador ni de la defensa, razones por las que se consigna en sus propios términos la precisión de la acusación fiscal, que considera un acto colusivo entre Kouri Bumachar, Gordillo Tordoya como autores y Flores Torrejon, Ángel Guasco y Lowry Gazzini como cómplices, estos dos últimos representantes de CCCSA y el primero anteriormente de CCI Concesiones Perú SA que luego deriva en la empresa antes mencionada.

6.10.- En la fundamentación de los alegatos de apertura el Ministerio Público, ratifica los extremos de la acusación fiscal y considera que probaran que Kouri Bumachar ha incurrido en delito de colusión desleal agravado por haber favorecido al Consorcio CCCSA, sin embargo no menciona ni la Fiscalía ni la Procuraduría en sus respectivos alegatos, con quien o quienes se habría coludido el citado acusado, condiciones en las que se continúa con el juicio oral, solo sobre las bases antes mencionadas, tanto más si en ese momento existían incidencias, respecto de los otros acusados, pendientes de ser resuelto ante la Suprema Corte de Justicia de la República.

6.11.- Finalmente la Suprema Corte, mediante resolución de fecha 09 de Junio del 2015, declara no haber nulidad en la resolución que declara no haber merito para pasar a juicio oral contra Fernando Enrique Gordillo Tordoya, como autor, Edwin Flores Torrejon, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini como cómplices primarios, por delito contra la administración pública en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, (Municipalidad Provincial del Callao).

6.12.- Se entiende que se sobreesee el extremo del proceso donde se considera que Gordillo Tordoya (autor) como funcionario Municipal, se habría coludido con Ángel Guasco (cómplice) y Lowry Gazzini, así como el extremo en el que se

consideraba que Flores Torrejón habría sido cómplice en los supuestos actos de colusión de Kouri Bumachar (autor) con Ángel Guasco, (cómplice) representante de CCCSA, conforme hemos glosado anteriormente de manera precisa y ordenada, por tanto se considera jurídicamente definida la situación de Ángel Guasco, al haberse resuelto el sobreseimiento en calidad de cómplice del delito de colusión por el que venía siendo procesado, situación que ciertamente determina inconsistencia en la valoración del comportamiento supuestamente delictivo de Kouri Bumachar, por ausencia legal del otro personaje del delito, cuya situación jurídica no se había definido, sin embargo al considerar que esa persona no ha incurrido en delito por estos hechos, persiste la incógnita, con quien ha concertado Kouri Bumachar, en qué términos y condiciones, incógnita que no ha sido precisada ni respondida por la parte acusadora.

6.13.- Se inicio el juicio oral conforme consta del acta de sesión N° 1 (fecha 07 de Mayo 2015), contra Alexander Kouri Bumachar, Abraham Alex Rivas Lombardi y Javier Roberto Lowry Gazzini como autor al primero y cómplices a los dos últimos, del delito contra la administración pública Negociación incompatible y contra Alexander Kouri Bumachar, como presunto autor del delito de colusión desleal, por tanto, el debate penal en juicio oral se circunscribe a determinar si Kouri Bumachar concertó o no con los representantes del Consorcio o con alguna persona vinculada a dicho consorcio o expresamente designado para ese propósito por parte del beneficiario de la concesión y además establecer en caso que esto resulte positivo, si hubo o no defraudación al Estado.

6.14.- Al haber sido excluido del Caso Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, resulta evidente que Kouri Bumachar no se habría concertado con dichos representantes, cuando menos formal y jurídicamente así esta establecido, por tanto corresponde señalar a la Fiscalía acusadora si

persiste en su tesis colusoria o por el contrario retira la acusación, en el primer caso deberá indicar de manera sustentada con quien o quienes se coludió.

6.15.- Podría alegarse, como en efecto se hizo, que al haberse declarado no haber merito para pasar a juicio oral contra Ángel Guasco, carece de fundamento factico la actuación de Kouri Bumachar en una supuesta concertación defraudatoria, sin embargo, un minucioso estudio del caso y la forma en que están planteadas las cosas, queda claro que el sobreseimiento del caso a favor de Ángel Guasco, se circunscribe a un supuesto acto colusorio con Gordillo Tordoya, sin mención alguna de Kouri Bumachar, con quien también supuestamente se habría coludido, (pero hay ausencia de acusación en este extremo), en consecuencia, la decisión final de este Superior Colegiado se circunscribe a esos extremos propuestos por el Ministerio Publico, supuestos actos de colusión entre Kouri Bumachar y representantes o agentes de la persona jurídica ganadora de la concesión, con exclusión de Mario Ernesto Ángel Guasco, quien no tiene la calidad de acusado en este caso, debido a que se declaro no haber merito para pasar a juicio oral en su contra, decisión que fue aprobada por la máxima instancia judicial, entonces está resuelta la situación jurídica de este procesado, que no ha originado ninguna aclaración ni cuestionamiento del Ministerio Publico, habiendo admitido pacíficamente las decisiones del Supremo Tribunal que da por concluido el proceso penal contra Ángel Guasco y solo falta definir la condición judicial de Kouri Bumachar, en un pronunciamiento de fondo.

7.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA SITUACION JURIDICA DEL ACUSADO KOURI BUMACHAR.

7.1.- Uno de los elemento de prueba que sirve de referencia para contextualizar los hechos y determinar las circunstancias de su desenvolvimiento, constituye la declaración del imputado. En este caso, como hemos referido anteriormente, el

acusado evidentemente admite los hechos realizados en el ejercicio de su función de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, señalando que era prioridad la construcción de la vía expresa Callao por razones de necesidad pública debidamente establecidos por estudios preliminares realizados no solo por el Callao, sino por la Municipalidad de Lima y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que en conjunto señalaban que dicha vía era necesaria y urgente, condiciones que determinaron que la Municipalidad adopte la decisión de construir dicha vía. Esta afirmación ha sido reiterada en la defensa material del acusado quien ha dicho que era potestad de la Municipalidad debido a que la avenida Faucett no forma parte de la red vial nacional, sino la avenida Néstor Gambeta, en todo caso, partimos de la afirmación del acusado, señalando que respecto de la avenida Faucett si tenía potestad de concesionar la construcción de la Vía Expresa Callao y es en uso de esa atribución que la Municipalidad tomo la decisión de concesionar dicha construcción, tanto mas si como ha señalado el imputado no ha sido nunca denunciado por usurpación de funciones, por esa decisión.

7.2.- Afirmar que no hubo ningún acto de concertación ni favorecimiento deliberado en los actos previos a la concesión y posteriormente al concesionario, señalando que todo lo que se hizo fue en atención a la necesidad imperiosa de construir la vía y con los controles que la Municipalidad y las circunstancias requerían, inclusive explica que razones de variación de las condiciones socio políticas del Estado, determino que se suscribiera adendas con la finalidad de adecuar el cumplimiento de la obra al nuevo contexto que presento el país después del año 2000, conforme consta del amplio interrogatorio al que fue sometido en el debate oral.

7.3.- El principal y original elemento de cargo contra el acusado y que dio origen al caso, son los informes: especial N° 172-2007-CG/=EA de fecha Octubre del

año 2007, emitido por la Contraloría General de la República, titulado Gerencia de obras y evaluación de adicionales, que se refiere a "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 Especial N° 240-2007-CG/OEA también del año 2007 mes de Diciembre, emitido por la misma Contraloría, Gerencia de obras y evaluación de adicionales, referido a "irregularidades en el concurso de proyectos integrales y en la ejecución contractual de la concesión de la vía expresa del Callao". (Folios 1 a 53 y 8148 a 8163). Debe quedar claramente establecido que dicho informe no vincula al Tribunal, pero igualmente el peritaje que dispuso el órgano judicial instructor, tampoco lo vincula, pues tratándose de medios de prueba están sujetos a valoración y es en función de todo el conjunto probatorio que se establecerá si se toma en cuenta o no y si deriva en responsabilidad penal o no.

7.4.- Estos informes han sido corroborados en juicio oral con la presencia de los testigos técnicos: Evelyn Vargas Canduelas, Luis Manuel Sánchez Rutti, Erika Rocío Carrera Torres, Eduardo Cotrina Chávez y Paco Aníbal Toledo Yalico; Quienes en sesión de fecha 20 de agosto del 2015, manifestaron que el objeto del examen especial que emitieron fue determinar la razonabilidad técnica y legal del proceso de concesión de la "Vía Expresa del Callao", habiendo analizado las transacciones vinculadas a la presente concesión, cuyos resultados se concentran en los informes especiales N° 172-2007 y 240-2007. Señalaron que en mérito al acuerdo N° 042-10 de fecha 10 de junio de 1999, la misma que declara en emergencia todas las vías Provincial del Callao, se inició toda la operación de esta concesión, sin embargo a juicio de ellos, este acuerdo no expone todo los elementos ni han podido identificar informe técnicos, ni documentos legales que sustenten la necesidad de declarar en emergencia las vías del Callao.

7.5.- Precisaron que el marco legal en la fecha de los hechos, en lo que se refiere a concesiones, eran los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y N° 60-96-PCM, sin embargo la concesión de la "Vía Expresa del Callao" se reguló con la emisión de la Ordenanza Municipal N° 000006 emitida por la Municipalidad del Callao, precisaron que esta ordenanza solo regulaba bienes y servicios mas no para concesiones de vías urbanas provinciales e interdistritales. Establecieron que las reglas procedimentales para el otorgamiento de una concesión se establecen en las bases generales del concurso público, bases que finalmente no se cumplieron al otorgar la concesión a CCCSA.

7.6.- Señalaron que la empresa CONVIAL no cumplió con las exigencia del sobre tres, esto es presentar la carta fianza por un millón de dólares, conforme lo exigía las bases generales, sin embargo CONVIAL solo presentó una carta fianza por quinientos mil dólares a favor del mismo consorcio y no a favor de la Municipalidad del Callao; tampoco presentó sus balances auditados, que CONVIAL CALLAO se consorcio con empresas que tenían pasivos patrimoniales y además no presentaron documentos que acrediten como persona jurídica capaz de obtener un crédito; en tal sentido la Municipalidad del Callao debió de descalificarla automáticamente.

7.7.- Sostuvieron que la empresa CONVIAL CALLAO a la firma del contrato definitivo no tenía el capital que se exigía en las bases de la concesión, que ello se puede corroborar con la escritura pública que presenta la referida empresa, habiendo firmando un contrato preparatorio en la cual se amplía el plazo hasta casi un año, es decir, recién firman el contrato definitivo el 09 de febrero del 2001, no cumpliendo con lo establecido en las bases generales, esto es, suscribir el contrato de concesión el 30 de abril del 2000, sin embargo firmaron el referido contrato siete u ocho días después de que CONVIAL consigue el capital suscrito de doce millones.

7.8.- Que, en este tipo de concesiones no cabe la figura jurídica de "contrato preparatorio" porque hay una garantía de fiel cumplimiento de obligaciones que se firman, aunado a ello hay un concurso que se lleva a cabo y obliga a las partes a la suscripción del contrato.

7.9.- Sostuvieron que la Municipalidad del Callao, contaba con un plan de desarrollo urbano hasta el año 2015 que era de cumplimiento obligatorio, en este plan se establecía que al avenida Elmer Faucett era una vía interprovincial, toda vez que dicha avenida pasa por dos distritos, que el Ministerio de Transporte es quien regula los temas de transportes; no evidenciaron acuerdo alguno con otros municipios que le permita ejecutar la obra en una vía interprovincial.

7.10.- Refirieron que la empresa CONVIAL invirtió un monto de ocho millones ciento ochenta y dos mil dólares, aproximadamente, de treinta y cuatro mil dólares que era el compromiso de inversión, que no tuvieron acceso a la información del cobro de peaje, por lo que no pudieron determinar a cuánto ascendió los ingresos que obtuvo la empresa CONVIAL por el cobro de peaje. Finalmente y respecto al equilibrio económico manifestaron que son obligaciones que tienen las partes frente a los beneficios que genere un proyecto.

7.11.- El primer informe describe en detalle todas las etapas que comprendió el proceso de concesión y describe uno por uno las irregularidades: i) en el proceso de selección; ii) en la suscripción del contrato; iii) en la ejecución del contrato, luego tipifica el hecho delictivo y concluye señalando a los presuntos responsables. El segundo informe, sobre la base de las irregularidades en el concurso de proyectos integrales y en la ejecución contractual de la concesión de la vía expresa del Callao, tiene el propósito de "Determinar la razonabilidad técnica y legal del proceso, la suscripción del contrato y cumplimiento del mismo, en relación a la concesión de la Vía Expresa del Callao y establecer

PODER JUDICIAL

si se realizaron bajo los criterios de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en base a los criterios que ahí se mencionan”.

7.12.- Con las precisiones que se hace en dichos informes, se tiene una primera conclusión que deriva en la existencia de una serie de irregularidades en todo el proceso de concesión, lo que nos remite a deficiencias de carácter administrativo y disciplinario que podrían derivar en sanciones administrativas, sin perjuicio de las conclusiones de carácter penal a los que aluden dichos informes, en su condición de presupuestos y propuestas iniciales, que ciertamente derivan en el inicio de un proceso penal donde deben establecerse las condiciones delictivas del hecho y determinar los responsables. El acusado estima que dicho informe y sus conclusiones no son prueba y tampoco son palabra divina, en efecto, conforme mencionamos de manera reiterada, es el planteamiento inicial, los cuestionamientos previos, las irregularidades encontradas en el proceso de concesión.

7.13.- Las conclusiones a las que se arriba en dichos informes, constituyen evidentemente indicios razonables, para considerar que hay causa probable penal, puesto que las marcadas y severas irregularidades señaladas, conducen y predisponen, como lo hace el Ministerio Público razonablemente a colegir que se habrían producido actos de concertación por parte del principal funcionario Municipal, el Alcalde, quien propuso la iniciativa para la construcción de la vía y posteriormente interviene en todos los actos tendientes a que se concrete la concesión a pesar de incumplimiento precisados, se suscriba el contrato, se varié determinadas condiciones y luego también interviene en la suscripción de las adendas que evidentemente resultan cuestionables y tendientes a favorecer al concesionario, que finalmente estaba integrado por personas que resultan siendo, en algunos casos, inclusive parientes políticos del acusado.

7.14.- Han concurrido al juicio oral los funcionarios que han elaborado los citados informes y se han ratificado en todo su contenido, como hemos señalado, además han explicado, al absolver las preguntas, todas las dudas y cuestionamientos que se plantean sobre dichos informes, como consta en detalle del acta de sesión de audiencia numero 13, su fecha 20 de agosto del 2015, por tanto no es solo el informe sino la versión completa de quienes hicieron dicho informe que nos conduce a la ratificación de esa primera conclusión fundamental, que el Alcalde y funcionarios de la Municipalidad Provincial del Callao, han incurrido en irregularidades y deficiencias en el proceso de concesión para la construcción de la Vía Expresa Callao, siendo razonable la sospecha de comisión de delitos de negociación incompatible y colusión, según las iniciales percepciones del Ministerio Público.

7.15.- La responsabilidad penal de una persona acusada no es consecuencia natural de un informe de contraloría, sino solo el inicio del proceso, tanto más si en este caso, ninguno de los involucrados han sido encontrados responsable por lo que se ha sobreesido la causa o ha concluido por prescripción, por tanto el ámbito de nuestra evaluación se concreta a la intervención de Kouri Bumachar, en su condición de primera autoridad municipal del Callao.

7.16.- Es menester en ese contexto genérico evaluar puntualmente, en torno a lo que especifica y concretamente corresponde juzgar en este caso, si hubo actos de concertación perjudicial para el Estado por parte de Kouri Bumachar, que es finalmente, conforme a la determinación antes realizada, lo que concretamente se deriva de la imputación inicial y la acusación final, incluyendo las complementarias y la presentación del caso para el debate oral, puesto que el Tribunal, no puede evaluar ni menos pronunciarse mas allá de los cargos de imputación y solo tiene que circunscribir su decisión a esos extremos, bajo el principio acusatorio, respetando la autonomía del Ministerio Público y siguiendo

la máxima de "nemo iudex sine accusatore" no existe proceso sin acusador, por tanto el asunto de evaluación se ha reducido a ese solo extremo reiteradamente señalado y debidamente explicado. El principio acusatorio reclama que es el Ministerio Público quien ejerce la acción penal y delimita los hechos, (artículo 159 Constitución Política del Estado), por tanto es su atribución principal, incoar la acción penal y acusar y en este caso se concluye que tanto la Fiscalía Suprema, como la Fiscalía Superior coinciden en que los actos de colusión de Kouri Bumachar estarían, inicialmente en relación a la participación de Ángel Guasco, en estos hechos, versión que se deriva inclusive de la denuncia penal y el auto de procesamiento, por tanto, es la secuencia fáctica que señala el Ministerio Público la que determina el ámbito del debate oral y la decisión.

7.17.- Debemos señalar con claridad que Ernesto Ángel Guasco, fue el Gerente General y por tanto el representante de la empresa, en el momento que postula y gana la concesión, lo que convierte a esta persona en el instrumento que habrían utilizado los integrantes del Consorcio que estaban vinculados con Kouri Bumachar, que serían los directamente interesados y beneficiados con la concesión, lo que deriva en una conclusión elemental y lógica, serían las personas con las que se habría concertado, condición que ha sido mencionado por el titular de la acción penal, en su requisitoria oral, concluido el debate penal, por haberse excluido como terceros interesados, a los dos gerentes que tuvo el consorcio.

7.18.- Los citados informes respecto del delito de colusión textualmente dicen lo siguiente, en relación a estos hechos: *"al evidenciarse que los funcionarios (se refiere a los funcionarios municipales, incluido el Alcalde), por razón de su cargo responsables del proceso técnico y administrativo de la Concesión "Vía Expresa del Callao", se apartaron de sus obligaciones funcionales y legales, no garantizando el normal funcionamiento de la administración pública y el resguardo de los intereses del Estado y la ciudadanía, al*

7.21.- Cuando la denuncia se refiere a un acto de colusión entre Gordillo Tordoya, miembro del comité de Recepción de Propuestas (además Director General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad del Callao) y Ángel Guasco representante de la empresa Consorcio CCI Concesiones Perú, señala que no descalifico al participante que no cumplió con presentar los documentos correspondientes al primer sobre, específicamente dice, referencias bancarias que no acreditaban la capacidad del participante para obtener financiamiento; una de las cartas fianza presentadas no se emitió a favor del concedente, sin embargo, el comité otorgo al participante el plazo necesario para que subsane el error, cuando las bases señalaban expresamente que no habría plazos para subsanaciones de ninguna clase, por tanto esa sería la vinculación entre el ex funcionario que actúa en representación de la Municipalidad en el Comité de Recepción y el representante de la Empresa favorecida con la concesión, sin embargo por resolución Suprema de fecha 9 de junio del 2015, ya se confirmó el sobreseimiento del caso respecto a la intervención de Ángel Guasco, en conclusión no habría existido acto de colusión entre Gordillo Tordoya y Ángel Guasco.

7.22.- La mencionada resolución, es cierto concluye con ese extremo, sin embargo, no refiere nada respecto de una probable concertación entre Ángel Guasco y Kouri Bumachar, que no ha sido determinado ni considerado autónomo de la concertación antes descrita, lo que nos deriva en tres opciones: i) que Ernesto Ángel Guasco en su condición de representante del Consorcio, se coludió con Gordillo Tordoya y Kouri Bumachar, porque la participación de ambos resultaba esencial para lograr sus propósitos; ii) que Ernesto Ángel Guasco se concertó por separado con Gordillo Tordoya y con Kouri Bumachar, para lograr sus propósitos; y iii) que Ernesto Ángel Guasco no se concertó con nadie. Esta imprecisión, deriva en una sola conclusión, que alguien en representación del Consorcio, se coludió con el principal funcionario de la Municipalidad ambos para

lograr su objetivo y al ser excluido del proceso Ángel Guasco y Lowry Gazzini por no haberse establecido su responsabilidad penal, en relación a Gordillo Tordoya, también origina que no haya responsabilidad penal en relación a Kouri Bumachar tanto así que ya ha sido definitivamente excluido del proceso sin ninguna responsabilidad penal, por tanto no cabe duda que en estas condiciones el tercero "extraneus" con el que Kouri Bumachar se habría coludido, no se ha determinado, existiendo sospecha válida respecto de la intervención de Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizarraga, lo que deriva en una causa probable.

7.23.- El denominado contrato preparatorio de concesión es firmado por Alexander Kouri Bumachar en representación de la Municipalidad Provincial del Callao y Mario Ernesto Ángel Guasco, en representación de la empresa concesionaria (ver folios 741) entonces subsiste la teoría sobre una posible concertación directa del Alcalde representante de la Municipalidad, sin intervención de de otros funcionarios municipales, por tanto el manejo, control, dirección y decisión respecto de que se hacía con la concesión, estaba en manos del Alcalde Provincial, donde los otros intervinientes, funcionarios municipales y representantes del consorcio, actuaban para dar formalidad a las decisiones de la principal autoridad.

7.24.- Cuando se imputa delito contra Gordillo Tordoya, se menciona por el titular de la acción penal, que se habría coludido con Ángel Guasco, representante de CCCSA, habría suscrito el informe N° 010-2001-MPC-DGDUI del 03 de Agosto del 2001, en su condición de Director General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad del Callao. El citado informe no se basa en estudios que sustenten la opinión favorable para la modificación del plan urbano director y en este informe se sustentó la Ordenanza N° 008 del 18 de abril del 2002 que modificó el Plan Urbano Director únicamente en el tramo que comprende a la

avenida Faucett, desde la intersección con la avenida Venezuela hasta el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con la finalidad de adecuar sus características a las secciones transversales consideradas en el proyecto de la vía expresa Callao además dicha modificación se realizó infringiendo el procedimiento establecido en el DS. N° 007.85-VC del 20 de Febrero de 1985. Esta afirmación convalida la afirmación de Kouri Bumachar, respecto de la potestad Municipal para disponer lo conveniente sobre la Vía Expresa Callao, evitando la participación de otros Distritos y eventualmente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entonces hay coincidencia entre esa férrea defensa de su potestad como Alcalde para decidir respecto de la vía Faucett y la modificación del Plan Urbano.

7.25.- Por otro lado en el contrato de concesión se acordó indebidamente condicionar el plazo de la concesión al inicio de la toma de posesión, la cual sin justificación se realizó 25 meses después de suscribir el contrato con lo que se habría facilitado que la concesionaria postergue la inversión a la cual estaba comprometida conforme a su propuesta económica, de donde se concluye que se habrían concertado el citado Ángel Guasco en representación de la empresa concesionaria con el citado Gordillo Tordoya, este hecho también ha sido evaluado en el proceso penal al que fue sometido Gordillo Tordoya y Ángel Guasco y se ha concluido mediante ejecutoria Suprema (ver referencia anterior) que no ha establecido condiciones colusorias sobre ese hecho por tanto se sobresee la causa. Este documento denominado Acta de Toma de Posesión y Entrega de Bienes, también está suscrito por Kouri Bumachar en representación de la Municipalidad y Lowry Gazzini en representación de CCCSA, condición que sigue la tendencia de establecer que quien tenía en exclusividad la potestad de manejo y control de la concesión era el Alcalde Municipal, quien si bien es verdad tiene la representación de la institución, no es menos cierto que sus decisiones deben estar sustentadas por acuerdos, informes, técnicos, legales y sometidos

al control municipal, puesto que la municipalidad, no es una institución donde solo el Alcalde decide.

7.26.- Al haberse excluido a los representantes del consorcio (gerentes) como presuntos cómplices de colusión y advirtiendo la forma y circunstancias en que se maneja el asunto de la concesión por parte del Alcalde Municipal, evidentemente continua la sospecha de colusión, por tanto no se descarta la imputación al servidor público por delito de colusión, en tanto Kouri Bumachar actúa como Alcalde siempre suscribiendo documentos que favorecen al consorcio, de ahí la sospecha de que se habría coludido con algunos accionistas de las empresas que forman el consorcio, (por sus vínculos, cercanía e inclusive posterior grado de parentesco), hecho que ha sido propuesto por la Fiscalía, recién en su acusación oral, y que Ángel Guasco únicamente habría sido el intermediario o participe formal de la contratación, sujeto a las disposiciones de quienes tienen capacidad de decisión en dichas empresas, sin embargo esta opción no ha sido precisada, ni mucho menos establecida lo que evidentemente contribuye en beneficio del principal funcionario de la Municipalidad, puesto que a pesar de haberse incidido en el grado de parentesco político con uno de los principales accionistas no se menciona como hecho sometido a debate y mucho menos probado, que haya existido concertación colusoria entre Kouri Bumachar y dichos empresarios, circunscribiéndose únicamente a los gerentes de la corporación, Ángel Guasco y Lowri Gazzini, ambos excluidos del caso por la Corte Suprema.

7.27.- Cuando declara Gordillo Tordoya en las diversas instancias del proceso penal, (ver acta de sesión N° 23 de fecha 19 noviembre del 2015 y declaración policial de folios 2729 su fecha 19 de Septiembre del 2009), niega todo acto de concertación, pero además señala que no recibió órdenes ni sugerencias ni interferencias del Alcalde Kouri Bumachar, por tanto sus decisiones y su

PODER JUDICIAL

actuación estaban ceñidas a sus propios criterios y evaluaciones, declaración que coincide con las de Kouri Bumachar, quien afirma también que no interfirió en los funcionarios y en ninguna etapa del proceso de concesión, pero que si tuvo interés en que la obra se realice porque era prioridad para el Callao. Concluimos de estas declaraciones, que en efecto pudo no haber interferido y que los funcionarios y servidores Municipales actuaron en el ejercicio de su función, sin embargo aparentemente no era necesario interferir en dichas funciones, debido a que el directamente realizaba acuerdos, firmaba documentos y participaba en el progreso de la concesión, conforme evaluaremos en los considerandos siguientes.

7.28.- Estas declaraciones de este funcionario Municipal y otros que tienen la misma tendencia, pueden ser ciertas o tal vez pueden ser manipuladas, sin embargo en el caso de Gordillo Tordoya, ha servido para que su caso sea sobreseído lo que significa jurídicamente que su versión ha sido convalidada (al margen de cuál sea la versión real para nuestro caso); por tanto debemos acudir a otras pruebas para establecer si efectivamente algún representante de CCCSA se coludió o no con Kouri Bumachar, pues la sospecha jurídica persiste, por las razones antes expuestas, (ver considerandos anteriores), pues descartar judicialmente que no hubo concertación entre Ángel Guasco representante de la empresa y Gordillo Tordoya, funcionario de la Municipalidad del Callao, no descarta absolutamente la hipótesis fiscal sugerida de concertación entre Kouri Bumachar Alcalde de la Municipalidad y algún particular interesado vinculado al Consorcio ganador o representante de la empresa, en las condiciones descritas, vale decir de manera mediata e indirecta.

7.29.- Es preciso anotar además que la imputación sugiere que Gordillo Tordoya además se habría coludido con Javier Roberto Lowry Gazzini, representante de CCCSA, después de Ángel Guasco, cargo que igualmente se ha sobreseído, sin

embargo no se ha mencionado en ninguna de las acusaciones del titular de la acción penal ni en la determinación de cargos de imputación a nivel de fiscalía provincial, una supuesta concertación entre Kouri Bumachar y Lowry Gazzini, (salvo aquella genérica que se dice concertación entre funcionarios de la Municipalidad y terceros representantes de las empresas), razón por la que no evaluamos estos extremos. Se debe significar igualmente que esos cargos contra Gordillo Tordoya y su supuesta vinculación delictiva con Lowry Gazzini igualmente ha sido sobreseída por la misma ejecutoria suprema antes mencionada.

7.30.- Cuando declaró en juicio oral Gordillo Tordoya, señala que conoció a Kouri Bumachar desde el año 1995 aproximadamente y también conocía al padre de la que fue su esposa, Augusto Dall'orto Falconi y también conocía a Orellana Vilela, por haber sido decano del Colegio de Ingenieros del Callao y por el trabajo que realizaban en desarrollo urbano de la Municipalidad del Callao. Dice que fue Presidente del Fondo de Inversiones de la Municipalidad (FINVER Callao) que es donde conoce a Orellana Vilela, en consecuencia, Orellana Vilela era Presidente de FINVER Callao, sub gerente de desarrollo urbano y Gordillo Tordoya era Director de Desarrollo Urbano. Hacemos mención de esta declaración para concordar con lo que dice Kouri Bumachar, respecto de su vinculación con Augusto Dall'orto Falconi, pues dice que lo conoció porque le sugirió el mencionado Gordillo Tordoya, unos días después de haberse declarado la emergencia de la red vial y por esa sugerencia es que lo designa Presidente del Comité de Concesión, atendiendo además a sus calidades, lo que colisiona con su dicho en juicio oral, donde señala que todas las personas designadas en ambos comités debían ser personas de su confianza, entonces no se entiende si el citado Dall'orto Falconi era de su confianza o de confianza de su funcionario municipal, sin descartar que pudo haberse iniciado en ese momento una amistad que concluye con el matrimonio de Kouri Bumachar con la hija de este ingeniero,

PODER JUDICIAL

que aparentemente es la primera persona de apellido Dall'orto que conoce Kouri Bumachar, para luego aparecer otras personas vinculadas por diferentes grados de parentesco como accionistas de una de las empresas del consorcio, en este extremo es valida la sospecha de concertación entre Kouri Bumachar y Dall'orto Falconi.

7.31.- Luego de explicar en detalle las circunstancias en que conoció a Kouri Bumachar y otras personas de su entorno, Gordillo Tordoya señala que su designación como miembro del comité de recepción de propuestas fue por razones técnicas y su labor consistía únicamente en verificar que quienes postulaban presenten todos los documentos que se requería para ser postulante valido al concurso de concesión y había una segunda comisión que se encargaba de verificar y hacer la propuesta, aclara que la comisión a la que pertenecía no evaluaba las propuestas, solo revisaba la conformidad del cumplimiento formal de los requerimientos y concluye afirmando que el Alcalde Kouri Bumachar no tuvo injerencia ni recomendó empresa alguna para la recepción de propuestas y únicamente se interesaba en que la obra se ejecute y se ejecute bien, (ver acta de sesión N° 23 de fecha 19 noviembre del 2015). Estas declaraciones exculporias de Gordillo Tordoya, quien estuvo inicialmente procesado, pueden tener el vicio de tergiversación por razones de encubrir a otros en la comisión de hechos irregulares que eventualmente perjudiquen su inicial situación jurídica por tanto, no gozan de plena certeza aun cuando declara en juicio oral ya estaba totalmente excluido de cualquier responsabilidad penal, por tanto su valoración no tiene condición de prueba cierta, sino debe vincularse con otros elementos de prueba actuados.

7.32.- Desde su declaración inicial (ver declaración policial de folios 2729 su fecha 19 de Septiembre del 2009), Gordillo Tordoya es claro en la determinación de su ámbito de actuación y describe puntualmente en que

consistió su actuación en estos hechos y cuando se le pregunta por Ángel Guasco dice que lo conoció en una reunión con otros funcionarios municipales y otras autoridades en situación desagradable, por tanto no hay mayor alcance sobre supuestos actos de concertación entre estas dos personas, lo que permite válidamente colegir que el alcalde de la municipalidad del Callao no habría concertado en complicidad de Gordillo Tordoya con el tercero, en todo caso habría sido por separado lo que origina que precisamente se haga una distinción entre supuestos actos de concertación de Gordillo Tordoya con Ángel Guasco y probablemente Kouri Bumachar con Ángel Guasco, términos en los que corresponde evaluar aun cuando el tercero interesado ya está excluido del proceso penal por sobreseimiento en el delito de colusión desleal, lo que nos remite a la necesidad de establecer de manera razonable, con quien se coludió Kouri Bumachar, debido a que su actuación en beneficio de CCCSA, responde a una necesidad de satisfacer determinado interés, que sea dicha empresa la que gane el concurso y se beneficie con la concesión.

7.33.- Estas versiones se ven corroboradas de manera coherente con su declaración judicial del 17 de marzo 2010 (ver folios 20243) y su ampliación de fecha 17 de Junio 2011 (ver folios 23255 y siguientes), donde ratifica su posición y aclara su situación jurídica en la intervención que tuvo en estos hechos. Por su parte Mario Ernesto Ángel Guasco, no se hizo presente en el proceso penal en ningún momento, por tanto no se tiene su versión, situación que origina ciertamente mayor duda sobre la condición real (no solo formal), en que interviene esta persona en las negociaciones y suscripción del contrato, por tanto solo se tiene su participación formal en la documentación mencionada y al haberse sobreseído la causa en su favor, ya no es posible ubicarlo tanto más si su residencia está fijada fuera del país, en Argentina de donde dice ser nacional. La tendencia constante es que los diversos funcionarios municipales e inclusive los miembros de los comités, aparentemente no tenían autonomía e

independencia en sus actuaciones, sino que las decisiones municipales giraban en torno de la voluntad del Alcalde, lo que es normalmente correcto, cuando esta dirigido al desarrollo positivo de la municipalidad y hay coincidencia en las opiniones técnicas, pero cuando solo se pretende imponer la voluntad aun para aspectos negativos, esa dependencia funcional facilita excesos e irregularidades.

7.34.- Durante el juicio oral, el titular de la acción penal y acusador, no ha interrogado sobre las relaciones que existirían entre Kouri Bumachar y Ángel Guasco, habiéndose concentrado en evaluar la participación de los miembros de los comités de recepción y evaluación de propuestas, por tanto al no existir versión de Ángel Guasco, quien no ha sido interrogado en la investigación inicial ni en la investigación judicial y tampoco en el juicio oral por no haber concurrido en ninguna de esas oportunidades es del caso evaluar solo la versión de sus coprocesados sobre las relaciones de Kouri Bumachar con Ángel Guasco. Evidentemente era necesario que concurra esta persona, para establecer los vínculos y relaciones que existía entre este Gerente General y los accionistas de las empresas que forman la corporación, las condiciones y propósitos de su designación como Gerente General, su participación y todo el entorno que sugería su intervención, lo que no ha ocurrido por tratarse de un ciudadano extranjero, de paso por el Perú, únicamente para representar a la corporación en estos hechos.

7.35.- Por su parte Flores Torrejón el asesor legal de la Municipalidad, cuando se suscribe el contrato, refiere conocer a Ángel Guasco porque fue quien suscribió el contrato de concesión en representación de CCCSA, así consta de su primera declaración policial (ver folios 2774), condición que corrobora lo dicho por Gordillo y la conclusión que deriva, que la intervención de esta persona no fue aparentemente lo trascendental que debía ser y no había aparentemente mayor interés especial y directo de él en el concurso y la concesión, sino que

únicamente cumplía su función de Gerente, lo que deriva en una legítima sospecha que la concertación de Kouri Bumachar, sería con otras personas, dentro de las que se encuentra Roberto Dall'orto Lizarraga, accionistas de una de las empresas del consorcio, sospecha que no ha sido formalizada ni mencionada inicialmente por Ministerio Público, que en todo caso solo ha concentrado su atención en los representantes formales de la corporación y recién al concluir el debate oral, termina señalando los nombres de otros responsables extraneus.

7.36.- Al ser interrogados los regidores de la Municipalidad del Callao, si conocen a Ángel Guasco, han sido uniformes en señalar que no conocen a la citada persona, (cuaderno cinco, declaraciones policiales de los regidores), lo que corrobora que esta persona aparece solo cuando se debía firmar el contrato y aparentemente estuvo en alguna reunión esporádicamente, no hay mayor descripción de su intervención primero como representante de CCI Constructores SA y luego como representante de CCCSA, hasta que se suscribe el denominado "contrato preparatorio". Si persiste la sospecha de una concertación por parte de Kouri Bumachar, queda claro que no se concertó con los representantes, sino habría sido con otros vinculados al consorcio, conforme ha sugerido la fiscalía superior.

7.37.- Roberto Lowry Gazzini, señala respecto de Ángel Guasco que fue el Gerente General desde que se constituyó la empresa hasta Septiembre del 2001, fecha en que renuncia y se hace cargo Lowry Gazzini, en atención a esas circunstancias es que Ángel Guasco firma el contrato preparatorio en representación de la empresa y Kouri Bumachar por la Municipalidad del Callao. Se corrobora la sospecha de la participación formal de Ángel Guasco, tanto así que luego de suscribir el contrato de concesión y hacer algunos actos de representación es cambiado por otro gerente general, quien continua con los propósitos de la concesión, situación que contradice un comportamiento

PODER JUDICIAL

colusorio, que de haber ocurrido habría determinado que su presencia continúe como parte esencial de los intereses de la Corporación, sin ser cambiado, pues al participe en la comisión de un delito no se le reemplaza cuando se esta ejecutando el hecho ilícito.

7.38.- En el interrogatorio preliminar se pregunto a Kouri Bumachar cuando conoció a Ángel Guasco y que relaciones mantuvo con él, (folios 2985 y siguientes), y la respuesta dice que lo conoció con ocasión del proceso de concesión, antes no tuvo ninguna relación, declaraciones de donde podemos concluir que la intervención de Ángel Guasco se circunscribe a la suscripción del contrato preparatorio, las cláusulas adicionales y finalmente el contrato definitivo, como evaluaremos a continuación, concluido ese hecho asume la representación de CCCSA Lowry Gazzini, con quien también se vincula Kouri Bumachar pero únicamente para la suscripción de los documentos relacionados lo que deriva en que la vinculación de Kouri Bumachar y los gerentes de CCCSA se circunscribe a hechos concretos y por el tiempo que dura la suscripción de los citados documentos, condiciones que descarta que Kouri Bumachar se haya concertado con estas personas, tanto mas si antes de la participación de los representantes de las empresas, ya se había concebido la idea de declarar en emergencia la red vial Callao y concesionar la construcción de la vía expresa del Callao, la que recaería en determinada empresa formada por personas con las que ya se habría acordado.

7.39.- Atendiendo a las personas que formaban parte de las empresas que formaron posteriormente el consorcio CCCSA, y que se ha determinado estaban vinculadas con Kouri Bumachar debemos concluir que la concertación, en todo caso, se habría producido entre esas personas y el Alcalde, siendo el intermediario o en todo caso quien interviene formalmente Ángel Guasco y luego Lowri Gazzini, pero a pedido y en representación de esos integrantes de las

empresas, condición que ha sido establecida por el Ministerio Público, al final del debate oral, tanto más que las decisiones sobre la participación o no de una empresa en determinado concurso, no solo se basa en la decisión del representante, sino de los directores de la empresa, que se canaliza a través de su Gerente General.

7.40.- En ese orden de ideas, corresponde evaluar la vinculación de las personas que ha señalado la Fiscalía Superior como sospechosos de ser los extraneos en este caso. Está plenamente establecido que Augusto Dall'orto Falconi, es socio de Edgard Barriga Calle, en la empresa, Barriga Dall'orto SA Ingenieros Consultores, a su vez el citado Augusto Dall'orto y su hija Claudia, están vinculados por parentesco con Roberto Dall'orto Lizarraga, Laura Belaunde de Dall'orto, María Dall'orto Lizarraga, quienes son accionistas y ejecutivos de Ingenieros Civiles & Contratistas Generales SA ICCGSA, que viene a ser accionista del Consorcio Convial Callao SA. En esa misma secuencia, Augusto Dall'orto fue designado presidente del comité de concesión, posteriormente se convierte en suegro de Kouri Bumachar, por haber contraído matrimonio con su hija Claudia Dall'orto, lo que determina que renuncie a la presidencia del Comité pero es reemplazado por su socio Barriga Calle, quien finalmente otorga la buena pro al Consorcio Convial Callao SA, descripción que hace evidente la vinculación que existe entre accionistas de una de las empresas que forma el Consorcio ganador, parientes de estos accionistas es designado presidente del comité de concesión y para evitar el impedimento legal por haber adquirido parentesco político, renuncia al cargo, pero asume dicha función su socio en la empresa que ambos forman, vale decir que todo se circunscribe a un círculo bastante reducido de personas vinculadas entre ellas que finalmente están también vinculadas, cuando menos algunas con el ex Alcalde Provincial.

PODER JUDICIAL

7.41.- Igualmente es preciso señalar que la Empresa Ingenieros Civiles & Contratistas Generales SA, que hemos señalado anteriormente donde Roberto Dall'orto Lizarraga es director decide formar el Consorcio Concesiones Perú SAC en mayo de 1999, luego en Junio del mismo año el Alcalde del Callao Kouri Bumachar declara en emergencia la red vial del Callao y convoca a concurso público la construcción de la vía expresa Callao, es una extraña coincidencia. La versión de Roberto Dall'orto en audiencia, corrobora esta afirmación pues dice que efectivamente la empresa de la que era director formada hace 50 años, se consorcia con Concesiones Perú SAC para participar en el proceso de concesión de la vía expresa del Callao.

7.42.- Posteriormente Concesiones Perú SAC se consorcia con CCI (empresa Argentina) para postular en el concurso convocado bajo el nombre de Concesiones Perú SAC, siguiendo la secuencia de comportamientos que inducen a sospechar que todo estaba debidamente arreglado y concertado, el Alcalde de la Municipalidad designa a Augusto Dall'orto Falconi como Presidente del comité de concesión, radica la coincidencia que esta persona se convierte a los pocos meses en suegro del citado Alcalde Municipal, debido a que contrae matrimonio con su hija Claudia. Ya mencionamos al respecto que Kouri Bumachar ha afirmado que cuando designa a Dall'orto Falconi Presidente del Comité, no tenía grado de amistad ni parentesco, condiciones que se producen posteriormente y también afirma que el grado de parentesco entre Augusto, Claudia y Roberto, Dall'orto es lejano.

7.43.- Dos meses antes de contraer matrimonio Kouri Bumachar cambia al Presidente del Comité, pues resultaba evidente que sería cuestionado si persistía en esa condición y ubica a Santiago Barriga Calle, socio de Dall'orto Falconi, como Presidente del Comité de concesión, es en esas condiciones que interviene en el concurso el Consorcio que gana la buena pro, lo que sería considerado como actos

preliminares en el favorecimiento al consorcio donde eran accionistas parientes de quien posteriormente se convierte en su suegro.

7.44.- Es necesario destacar además que la elaboración de las bases del concurso, tuvieron la previsión de establecer condiciones exageradas para evitar que postulen muchas empresas, en efecto se cuestiona por ejemplo que la empresa postora tuviera un capital social mínimo de doce millones de Dólares USA y se presente una carta fianza de un millón doscientos mil dólares USA , requisitos que Concesiones del Perú SA no cumplió, sin embargo no fue descalificado, sino que por el contrario se espero que cumpla y subsane la deficiencia, trato que no tuvieron otros postores que en efecto consultaron la posibilidad de subsanar pero fueron rechazadas, es el caso de CINTRA Concesiones de Infraestructura de Transporte SA y Sucursal de OBRASCON Huarte SA, descubriéndose un trato evidentemente diferente y favorable para CCI Concesiones Perú SAC.

7.45.- Luego se firma un contrato denominado preparatorio (cuando no estaba previsto ni era necesario), con el propósito de favorecer a la empresa y que cumpla con determinados requisitos para firmar el contrato definitivo que ocurre más de un año después de la fecha prevista cuando el consorcio favorecido justifica el cumplimiento de requisitos y para concluir con el favorecimiento se suscribe adendas que modifican las condiciones contractuales y permiten inclusive el cobro adelantado del peaje cuando las obras estaban inconclusas I que también hace evidente un beneficio anticipado que no estaba previsto y por otro lado no se exige el cumplimiento de los plazos de la construcción ni todos los detalles establecidos, implicando penalidades previstas cuando estaban previstos para esos incumplimientos, más evidente el comportamiento a favor del consorcio no puede ser y el detrimento en el servicio

PODER JUDICIAL

estatal que no pone al servicio de la ciudadanía una vía expresa como estaba previsto.

7.46.- Sobre las penalidades ha dicho el acusado ex Alcalde, que la Municipalidad no podía resolver el contrato ni imponer penalidades, debido a que no ejercía el control directo del avance de las obras y el financiamiento, pues de esa labor se encargaba Alpha Consult, empresa supervisora, que no esta procesada por no haber realizado los controles respectivos y haber sugerido penalidades o resolución del contrato. Una revisión de los informes emitidos por Alpha Consult SA nos demuestra que lo que afirma el acusado no es verdad, en efecto, a folios 1023 aparece un informe de la supervisora Alpha consult donde afirma que el concesionario sigue incumpliendo las cláusulas 7.2; 11.5; 11,2; 11,7 del contrato, pero ahí no acaba el tema, pues en el informe de fecha 7 de enero del 2005 le dice a la municipalidad que no esta de acuerdo con las modificaciones en el diseño del proyecto inicial, por tanto dando amplias razones concluye afirmando que la supervisora no esta de acuerdo con el nuevo diseño (ver folios 1025 y siguientes.

7.47.- Ahí no termina la actuación de la supervisora, con fecha 4 de mayo del 2004 le dice al señor Alcalde, que el concesionario no avanza la obra y no presenta un plan de avance de obra, estima en ese momento el avance físico mensual desde el 20 de Octubre del 2003 en 0.00%, luego dice que no presento calendario de obra acelerado, el mismo que se ha solicitado reiteradamente. También señala que el cronograma de obra según avance programado acumulado al 20 de abril del 2004 es de 36.20%, teniendo un avance real acumulado de 0.88%, por tanto esta incumpliendo la cláusula 11.7 del contrato, incurriendo en la penalidad correspondiente indicada en la cláusula 18.1 del contrato; finalmente agrega que esta incurriendo el concesionario en atraso permanente mayor al 10% de lo programado al 20 de julio del 2003 desde el 20 y desde esa fecha incumple

la cláusula 11.7 por lo que según la cláusula 18.1 de su contrato se hace acreedor, desde esa fecha a la penalidad contractual correspondiente.

7.48.- Luego agrega en el informe que el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso del concesionario es causal de resolución del contrato según cláusula 15.3 del contrato (ver folios 995), entonces no es que Alpha Consult SA no ha cumplido con sugerir no solo la aplicación de las penalidades sino también ha sugerido la resolución del contrato, lo que contradice de manera evidente las alegaciones de defensa del acusado, quien frente a estos informes no tomó las acciones que correspondían en beneficio de la Municipalidad, que razones determinaron que no se actúe como dice el contrato, el acusado no ha explicado, en todo caso constituye otro indicio agregado a los muchos otros descritos, que siempre tienen la tendencia de favorecer al concesionario.

7.49.- En ese contexto de personas vinculadas entre ellas y a pesar del cumplimiento de determinadas formalidades legales para el proceso de concesión, fluye con natural claridad, que la concertación en la que habría estado involucrado el funcionario municipal, no fue con los representantes de las empresas, sino con los accionistas de la misma, situación que debe determinarse con el procesamiento al que deben ser sometidos los mencionados Dall'orto Falconi y Dall'orto Lizarraga que ha señalado la Fiscalía Superior.

7.50.- Bajo estas nuevas condiciones propuestas, sin variar el contexto de los hechos y sin menoscabo de los cargos de imputación contra el funcionario municipal, debemos circunscribir la evaluación sobre la responsabilidad penal de Kouri Bumachar, en actos de supuesta colusión, en función de la secuencia cronológica del proceso de otorgamiento de buena pro para la concesión, encontramos que la vinculación de Kouri Bumachar con los interesados, que ya no serían ni Ángel Guasco ni Lowry Gazzini, sino terceros particulares debidamente identificados, habiéndose concretado los hechos ilícitos con los siguientes actos

debidamente establecidos: Primero se declara en emergencia la red vial del Callao, acto seguido se decide construir la Vía Expresa Callao, como respuesta a esa declaración de emergencia y se decide concesionar la construcción de dicha vía, se designa a los miembros del comité de recepción de propuestas y luego el comité de otorgamiento de concesión, se realiza el concurso, con las irregularidades que describiremos a continuación y se ha destacado en el juicio oral.

7.51.- Después de suscribir el Contrato Preparatorio de Concesión con fecha 30 de marzo del 2000 (ver anexo 38 del informe de contraloría), en la que intervienen Kouri Bumachar y Ángel Guasco en representación de la Municipalidad del Callao y CCCSA, respectivamente,, donde ya se hacía evidente una vocación de favorecer y facilitar a CCCSA para que continúe con la concesión; a continuación se suscribe la cláusula adicional al citado contrato, con fecha 06 de Junio 2000, (ver mismo anexo) en el que la Municipalidad representada por Kouri Bumachar y el consorcio CCCSA representada por Ángel Guasco deciden ampliar el plazo del compromiso por 60 días posteriormente con fecha 29 de Agosto 2000 y 21 de septiembre del mismo año nuevamente se suscriben cláusulas adicionales, por las mismas entidades y con los mismos representantes, donde se acuerda que el plazo para suscribir el contrato final vence el 28 de septiembre del 2000 y 28 de Octubre del 2000, respectivamente. Esta misma operación se repite en la suscripción de dos cláusulas adicionales que prorrogan sucesivamente la suscripción del contrato definitivo, primero hasta el 27 de Diciembre del 2000 (suscrito en Octubre 24 del 2000) y finalmente en Febrero del 2001 (suscrito el 19 de Diciembre del 2000), todos por Kouri Bumachar y Ángel Guasco.

7.52.- Esta sucesiva, recurrente y similar postergación casi mensual de la suscripción del contrato final, evidentemente determina que la sólida sospecha

de acuerdos no sustentados legal y debidamente, entre la empresa y la municipalidad, esto es concertación ilegal, se convierta en un comportamiento probado, debiendo advertirse que en todos los casos es la Municipalidad que cede en el tiempo y esa concesión beneficia a la empresa, que viene postergando por diversas razones su obligación de compromiso final, debido a sus propias deficiencias, sin que exista por parte de la Municipalidad necesidad ni justificación alguna para aceptar esas postergaciones, salvo esa decisión y voluntad de favorecimiento a la empresa, comportamiento que evidentemente no es propio de una entidad estatal que requiere un compromiso trascendental serio, responsable y oportuno, tanto más si había urgencia en la construcción de la vía, pues así había declarado la Municipalidad cuando decide considerar en estado de emergencia la red vial del Callao.

7.53.- Este comportamiento evidenciado en los documentos mencionados en los considerándos precedentes, teniendo en cuenta además que en las últimas cuatro, denominadas, "cláusulas adicionales" considera los plazos fijados como "indefectibles", lo que obligaba a la Municipalidad que si la empresa no cumplía con los requerimientos para otorgársele la concesión, debía tomar otra decisión, sin embargo fue extremadamente complaciente en postergar sucesivamente el plazo y así lo hace notar la Contraloría de la República en su informe.

7.54.- Importa además ese comportamiento, el incumplimiento de la ordenanza Municipal N° 0006 del 27 de Mayo de 1997, que en su artículo 30 establece que el contrato de concesión se suscribirá dentro del plazo de 15 días a la fecha en que haya quedado consentida la resolución de adjudicación, bajo apremio de que el concesionario pierda su derecho a la adjudicación, norma que es de aplicación a los proyectos integrales, conforme dispone el numeral 36 de la misma norma municipal. (Ver informe de la contraloría pagina 37).



7.55.- Sobre este punto alega el acusado Kouri Bumachar que el contrato preparatorio, los adicionales y adendas se suscriben en aplicación del Código Civil, sin embargo conforme puntualiza el citado informe, habiendo norma expresa, sobre punto determinado, tiene que acatarse dicha norma especial, antes que la norma genérica y supletoria que en este caso es el Código Civil, cuando menos en los detalles de tiempo, forma y condiciones que establecen las Bases, que precisamente sirven para eso, los términos de suscripción de los contratos, sin perjuicio de seguir las reglas validas para toda clase de contratos que establece el Código Civil, precisamente la legislación especial para que entidades del estado suscriban contratos, tienen ese propósito, regular el oportuno y específico funcionamiento de la entidad estatal en materia contractual, sin desmedro de la norma general de contratación que siempre regula el Código Civil.

7.56.- Para más contundencia del cuestionamiento que se hace sobre ese comportamiento de la Municipalidad, se indica que dichas prorrogas (indefectibles), no tienen sustento técnico para tener validez, lo que indica que solo fue un acuerdo entre los representantes de los contratantes, esto es Kouri Bumachar y Ángel Guasco, pues de otro modo no se entiende porque el representante de la Municipalidad y su principal funcionario que debe velar por los intereses de su representada y además exigir el cumplimiento, no solo de los términos del contrato denominado preparatorio, que de por sí ya resultaba cuestionable, pues debía solo firmarse el contrato de concesión, sino que además había normas especiales para el comportamiento de esa parte en los contratos, lo que no se cumplió y por el contrario se ignora o deliberadamente se favoreció a la empresa que había ganado el concurso. La alegación de la firma del contrato preparatorio por las transformaciones sociales, políticas y económicas que habría sufrido el Estado en ese periodo, tampoco justifican esa decisión, en efecto, los cambios de esa naturaleza no se producen repentinamente, ni sus efectos se

sientes inmediatamente, por el contrario son transformaciones que en mediano y largo plazo recién tienen incidencia positiva o negativa como toda transformación social, por tanto aun en la certeza de la argumentación del acusado, no justifica en absoluto la suscripción de un contrato preparatorio que solo perjudicaba a la Municipalidad y le evitaba cualquier riesgo a la concesionaria, condiciones que corroboran esa manifiesta tendencia de bienestar para la concesionaria y desinterés por la Municipalidad y la construcción de la vía.

7.57.- Además ese indebido comportamiento del representante de la Municipalidad, se hace contraviniendo las Bases Generales que la propia Municipalidad había aprobado para el concurso de concesión, de donde podemos advertir un comportamiento aislado y personalizado del representante que no cumple con los acuerdos de los concejeros y toma decisiones "motu proprio" en beneficio de CCCSA y en perjuicio de la ciudadanía y el interés municipal. En efecto, conforme ha señalado el Ministerio Público en la secuencia de hechos que determinan un evidente favorecimiento cita que según las bases la firma del contrato tenía fecha establecida, el capital social suscrito de la empresa postora tenía un mínimo que no se cumplió, (lo han referido los testigos técnicos), debía otorgarse una carta fianza y no una acreditación de cliente de banco, condiciones básicas que debían cumplirse ineludiblemente bajo sanción de descalificación del concurso, sin lugar a subsanaciones como refieren las bases y corroboran los testigos técnicos, sin embargo en este caso se permitió que subsane dichas deficiencias y se le dio tiempo y oportunidad para que se cumpla con dichas exigencias, condiciones que hacen evidente esa vocación de favorecimiento.

7.58.- Elemental lógica y sentido común, nos dice que quien gana un concurso, en buena ley, inmediatamente exige que se suscriba el contrato, de esa manera asegura y se consolida como concesionario, en este caso, las cosas ocurren al

PODER JUDICIAL

revés, el ganador del concurso, no suscribe ni exige la suscripción del contrato, debido a que sus condiciones no le permiten y es la Municipalidad que se interesa en que se suscriba el contrato y ante la eventualidad que el ganador del concurso no satisfaga los requerimientos para hacerlo, le facilita un contrato preparatorio que asegura su intervención y además reiteradamente difiere la suscripción del contrato, fluye evidente, sin más prueba que ese comportamiento el interés del funcionario municipal para que sea esta y no otra empresa la que realice el trabajo. Si indagamos en el expediente, a que se debe ese comportamiento del consorcio que no suscribe el contrato, especialmente, cuando sabemos que es de su interés al haber ganado el concurso y por el contrario posterga reiteradas veces la suscripción del contrato, se advierte que se debía a un factor que era de ineludible cumplimiento y que la empresa no cumplía, contar con el capital social exigido, lo que ocurre recién el 31 de Enero del 2001, conforme consta de la escritura pública que otorga CCCSA con intervención de Ingenieros Civiles y Contratistas Generales SA (ver anexo 39 del informe de contraloría) que incrementa en S/41'000,000 (cuarenta y un millones de soles), lo que origina que finalmente en Febrero 09 del 2001 se suscriba el contrato, satisfecha la exigencia, esta es una clarísima demostración de cómo se comporta el representante de los intereses de la Municipalidad del Callao, renunciando prácticamente a su tarea de velar por los intereses de la Municipalidad y actúa decididamente a favor de la empresa ganadora de la concesión.

7.59.- Resulta evidente el favorecimiento, primero al declarar ganador del concurso, sin contar con el capital necesario ni haber depositado las fianzas exigidas, en segundo lugar se favorece inclusive a costa de infringir normas específicas y las Bases mismas del concurso, en efecto, conforme al informe de contraloría CCCSA al momento de la suscripción del contrato tenía un capital de solo S/1'000,000 (un millón de soles), cuando había ofertado para ganar el concurso la suma de \$12'223,419.00 (doce millones doscientos veintitrés mil

cuatrocientos diecinueve dólares USA), tanto más diferente del "Financiamiento" de su propuesta que alcanzaba la suma de \$40'744,928.00 (dólares USA, según consta del cuadro sub-crédito 1 del anexo N° III de su propuesta económica.

7.60.- Los documentos y el comportamiento de ambos representantes en la forma descrita habrá sido casual, inducido por la buena fe en la construcción de la vía expresa que tanta falta le hacía a la ciudad, o será producto de una concertación que defrauda los intereses del Estado, en esa disyuntiva, las pruebas, la opinión y el sentido común determinan, que sobre la base de una necesidad pública evidente, se llegó a un acuerdo para satisfacer esa necesidad pero aprovechando esa circunstancia se busca también satisfacer otro interés específico ajeno al interés de la Municipalidad del Callao que consistía en otorgar la concesión a una empresa donde los accionistas están vinculados con el Alcalde de la Municipalidad beneficiándolos por el tiempo que dure la explotación del corredor vial, que es lo que el Ministerio Público y la Procuraduría Pública han destacado como el que negocio está en el peaje.

7.61.- De ahí las razonables, lógicas y contundentes conclusiones del informe documentado de Contraloría, que *"las sucesivas prorrogas para firmar el denominado "contrato Definitivo" (mediante cláusulas adicionales que no concuerdan con el sustento correspondiente) favoreciera a CCCSA, toda vez que le permitió contar con el tiempo suficiente (y necesario a voluntad de la empresa, este agregado es nuestro), para incrementar su capital de S/.1'000,000 a S/.42'000,000.00, Nuevos soles - importe equivalente a los US\$12'223,419.00 de capital propio que ofertó en su propuesta económica - así como, pagar el importe de S/10'250,000.00 equivalente al 25% del aumento de capital suscrito (S/41'000,000.00), tal como lo exige el artículo 52 de la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades"*, esta

FOLIO 10

conclusión indica con precisión, claridad y fundamento, cuáles fueron las razones por las que el comportamiento del representante de la Municipalidad fue tan comprensivo, complaciente y contrario a los intereses de la Municipalidad, lo que determina que necesariamente se debe a un acuerdo previo con la representación de CCCSA, pues otra explicación no satisface semejante displicencia y accesibilidad, evidentemente tiene que ser producto de un acercamiento particular, personal y especial entre ambas partes, que es precisamente aquello que la Ley Penal proscribire y tipifica el delito de colusión porque hay perjuicio para la administración estatal.

7.62.- Si según las bases del concurso la suscripción del contrato debía realizarse el 30 de abril del 2000 como fecha límite, lo que era de conocimiento de los postores y debía ser exigencia de la Municipalidad, como es que extiende esa opción hasta febrero del año siguiente, exclusivamente por condiciones que la empresa CCCSA no satisfacía, sin que la Municipalidad tenga ninguna otra razón que justifique esa extensión de tiempo, salvo, como reiteramos un interés específico en favorecer a la empresa, que según la acusación fiscal habría ocurrido desde el momento mismo en que se decide llevar adelante el concurso de concesión, lo que se sustenta con las irregularidades que describe el informe de contraloría tanto en la presentación de propuestas (comité de recepción) pasando por el hecho de que la comisión de calificación de propuestas también habría admitido a este postor sin que haya cumplido con los requisitos exigidos (referencias ampliamente mencionadas en el informe de contraloría reiterados en la acusación fiscal) y finalmente con la evidencia en el comportamiento del Alcalde Provincial, al postergar la suscripción del contrato a voluntad de la empresa, condiciones que desvelan un comportamiento cuestionable del acusado Kouri Bumachar.

7.63.- Conforme señalamos en consideraciones anteriores, había la apariencia de que la declaración de emergencia, después la convocatoria a concurso de concesión, la designación de los miembros de ambos comités, eran actos tendientes a la realización de una buena obra para el Callao, necesaria e impostergable y la mejor forma de su ejecución era a través de un contrato de concesión, sin embargo detrás de ese loable y bien intencionado propósito al parecer se albergaba otras intenciones particulares, de beneficio específico a determinadas personas vinculadas a determinadas empresas que ciertamente no estaban en capacidad de asumir el compromiso, pero que se hizo todo lo necesario para que así fuera, terminando finalmente con la construcción de una vía que no satisface el proyecto municipal de una vía expresa.. Cuando se ingresa en la evaluación puntual de determinados comportamientos y secuela de hechos, fluye evidente una vocación o voluntad, ayudar, favorecer, contribuir a que la empresa necesariamente sea la que ejecute la obra, pues al margen de si se favoreció o no en la designación de los miembros de los comités de recepción y adjudicación, que tiene apariencias cuestionables y vínculos bastante cercanos, lo que hace presumir que esa voluntad o vocación de favorecimiento comenzó desde el principio mismo de la determinación de ejecutar la obra, con determinadas personas vinculadas a determinadas empresas, sin embargo al no haberse establecido de manera clara y contundente en la acusación fiscal actos colusorios con otras personas y por no haber precisión en la imputación contra Kouri Bumachar y haberse resuelto la situación jurídica de los otros involucrados, estábamos ante situaciones inciertas que sometidas a una evaluación exhaustiva y completa como corresponde en todo proceso penal, nos encontramos con evidencias que demuestran comportamientos irregulares, cuestionables y adversos al interés de la Municipalidad del Callao, por tanto no existe esa fidelidad del servidor público con el Estado.

7.64.- Encontramos evidencia de ese comportamiento irregular que por su forma de ejecución, por las circunstancias previas y posteriores que ocurren y por la forma en que concluye hace evidente que la actuación del Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, representando a dicha Municipalidad, no fue solo porque se quería beneficiar a la ciudadanía con la vía expresa, sino porque además había otros intereses manifestados a través de esas irregularidades ampliamente descritas, pues estamos lejos de asumir que el citado Alcalde haya actuado con negligencia o sin tener conocimiento y dominio cabal de lo que estaba ocurriendo, específicamente en este caso, atendiendo a la forma en que se comporta en el juicio oral, donde con pleno conocimiento y dominio de sus actos explica ante cada pregunta con solvencia en sus argumentos, con seguridad en sus versiones, aun cuando pretende justificar hechos evidentemente injustificables que en una evaluación completa deja descubierto situaciones severamente cuestionables y manifiestamente interesadas.

7.65.- Conforme hemos señalado anteriormente, circunscribimos nuestra evaluación por el principio acusatorio y teniendo en cuenta las condiciones del debido proceso y a fin de no colisionar con ningún derecho fundamental de ninguna persona y más aun tratando de ser puntuales en la lógica del proceso penal formal, que requiere fundamentalmente que el acusador cumpla con su labor ceñido a ley, con determinación precisa de los hechos e intervinientes, circunscribiendo el juzgador su tarea a los extremos facticos que las partes debaten formalmente, sin agregar ni disminuir esos límites, pues el juez no puede saber mas allá de los hechos que las partes le señalan y la forma y circunstancias que los involucrados intervienen en esos hechos, bajo riesgo de asumir el rol de acusador o de defensa, colisionando de manera frontal con la imparcialidad, razones suficientes para pronunciarnos solo en los términos que la acusación estima y sin perder de vista los extremos ya resueltos.

7.66.- Las demás conclusiones a las que arriba el citado informe y que sirve de sustento de imputación, conforme señalamos inicialmente, constituyen irregularidades probadas, en efecto, la designación de los miembros de los comités de recepción de personas allegadas al Alcalde, igualmente los miembros del comité de evaluación y otorgamiento de buena pro, también personas afines al Alcalde y en todo caso subordinadas a él contribuyen en la sospecha de que el concurso de concesión estaba dirigido, pero cuando posteriormente se descubre las vinculaciones entre las personas que gerencia las empresas que ganan la concesión y el alcalde de la Municipalidad, donde uno de ellos inclusive posteriormente se convierte en su suegro, todo lo cual si bien es verdad no necesariamente importa comportamiento delictivo, constituye una razonable sospecha que da inicio a las investigaciones que finalmente concluyen con esta decisión en las condiciones antes expuestas.

7.67.- Si a esa sospecha le agregamos este comportamiento descrito, evidente y documentado, resulta convincente que el comportamiento del representante de la Municipalidad no es producto de su buena decisión de propiciar la construcción de eje vial fundamental para el Callao, sino que además lleva implícita la decisión de favorecer a determinada empresa formada por determinadas personas y en determinadas condiciones, ya descritas, para que ejecuten la obra y se beneficien con la concesión, debiendo significarse el añadido importante de ese comportamiento extremadamente generoso con la empresa para favorecer la ejecución de la obra.

7.68.- Adicionalmente y aun cuando Ángel Guasco ya no interviene, resulta claro que las "adendas" (que serán evaluadas en los considerandos siguientes), que se suscriben después del contrato final, también tienen la misma tendencia de favorecer a CCCSA, lo que sirve de colofón para un comportamiento secuencial, desmesurado, claro y contundente en beneficio de una finalidad establecida,

favorecer a la empresa otorgándole todas las opciones para que gane el concurso y ejecute la obra y a pesar de las deficiencias y carencias de la misma, se adopta decisiones y se suscribe contratos en número y condiciones que sean necesarias para que se cumpla ese propósito, pone de manifiesto ese comportamiento dirigido siempre a beneficiar al Consorcio, como si fuera la única capaz de ejecutar esa obra, inclusive obviando deficiencias, incumplimientos, penalidades y toda una secuencia de actitudes, traducido en documentos, que demuestran el interés manifiesto del representante de la Municipalidad para que se ejecute la obra y la empresa se beneficie con los peajes.

7.69.- Los participantes en el concurso, se debían someter a las bases obligatoriamente y por cierto los miembros de los comités y demás funcionarios municipales intervinientes en estos hechos también estaban obligados a cumplir las bases y sobre todo exigir el cumplimiento de las mismas por parte de los concursantes. Las Bases dicen: "El proceso de negociación del contrato de concesión tendrá como fecha límite para su firma el día 30 de abril del 2000", luego se agrega que la publicación de la resolución de adjudicación de la concesión que aprueba la firma del mencionado contrato en el diario oficial el Peruano el día 15 de abril del 2000. Para suscribirlo en la fecha que se acuerde en la negociación "pero sin sobrepasar la fecha limite que es el día 30 de abril del 2000", vale decir se pone énfasis en los términos, sin embargo no se cumplió y por el contrario se justifico primero con un contrato preparatoria, extraño, no previsto y ajeno a las bases, aduciendo el Código Civil, en buena cuenta el incumplimiento de las bases se justifica con una norma legal general, cuando la norma especifica que regula el proceso señala otra cosa, vale decir fecha determinada, cual es la razón para esa facilidad que se le otorga a la empresa y para suscribir un contrato preparatorio que no venía al caso.

7.70.- No comentamos el incumplimiento de las bases durante las etapas de entrega de propuestas evaluación y otorgamiento de la buena pro, debido a que los involucrados en esos hechos ya han definido su situación judicial, sin embargo se debe tener como referencia contextual, la descripción que se hace de las irregularidades cometidas por ambos comités, así como la absolución de consultas inclusive, que están contenidos en los informes de contraloría (ver punto 2 irregularidades en el proceso de selección , pagina 8 hasta 34 inclusive). Esos comportamientos, no ocurrían por decisión de los servidores públicos que cumplían determinadas funciones, sino que obedecían, sin duda, a las ordenes de la principal autoridad edil, quien había decidido construir la Vía Expresa Callao y otorgar la concesión para beneficiar a personas con las que ya había concertado, beneficios que sin duda, directa o indirectamente, lo incluían como parte de la familia de uno de los principales actores y beneficiarios de dicha concesión, Augusto Dall'orto Falconi, cuya hija contrajo matrimonio con el Alcalde del Callao.

7.71.- Luego en el punto 3 en las irregularidades en la suscripción del contrato se señala también de manera puntual cuales son las deficiencias y conforme ya describimos resulta evidente la demora en el tiempo, sin embargo existen además otros aspectos mencionados por dicho informe que no tienen explicación ni justificación valida y legal, en efecto la cláusula VII Obligación de el concesionario numeral 7.2. Dice "ejecutar la construcción de las obras de la vía expresa conforme a las especificaciones contempladas en su propuesta técnica y concluir las obras dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de la toma de posesión". Sin embargo luego de unas consultas y documentos cursados por la empresa la Municipalidad establece la denominada Toma de Posesión, dentro de su cronograma hasta la segunda quincena del mes de marzo del 2002, pero en esa fecha no se produce este hecho sino recién el 20 marzo del 2003 (ver anexo 43 del informe), se advierte que la "toma de posesión" en su

formalidad se convierte en un pretexto que utiliza la empresa para no dar inicio a los trabajos y la Municipalidad complace en esos términos.

7.72.- Posteriormente vienen las sucesivas adendas suscritas con el concesionario que por los términos en que se otorgan, son de evidente favorecimiento a CCCSA, como se puede apreciar, en efecto la adenda de 21 de mayo del 2004 (ver anexo 12 del informe) otorga la Municipalidad a CCCSA una garantía complementaria, en términos bastante singulares, ya que se dice que para "mitigar riesgos inherentes a un eventual incumplimiento del contrato por causas no imputables al concesionario", la "Municipalidad dentro del espíritu, principios filosofía y contenidos sustanciales del marco contractual y de los alcances del articulado correspondiente otorga con este Addendum las garantías (la garantía complementaria) requerida por el financista a los efectos de permitir la obtención del financiamiento del EGP", cuando se le pidió explicación al acusado Kouri Bumachar sobre este concepto, en juicio oral menciona que el año 2000 y 2001 se producen en el Perú cambios significativos y trascendentales que varían las condiciones económicas del Estado y las relaciones de las inversiones de empresas, por lo que consideraron necesario hacer este agregado para tranquilidad de la empresa, por cierto la tendencia es la misma, beneficiar a CCCSA y siempre propiciar condiciones favorables, aun a costa de pretextos o supuestos inciertos que en todo caso pongan a buen recaudo la inversión de la empresa y favorezcan las condiciones de ejecución de la obra.

7.73.- A continuación se suscribe otra adenda, en la que se modifica el diseño geométrico de la vía expresa presentado en la propuesta técnica ocasionando una menor inversión a la señalada en la propuesta económica estimada en US \$ 2'020,226.88, además de haber suspendido y postergado obras por un valor estimado en US\$2'293,006.84. Si ya se había establecido desde el contrato

preparatorio que la empresa CCCSA ejecutaría la obra según el proyecto técnico aprobado y conforme a los contenidos en la propuesta (sobre dos de la Oferta, cual era la razón para modificar y reducir esas condiciones, el informe de contraloría dice que no hubo informes técnicos para esa decisión y en efecto no se ha demostrado que ninguna dirección técnica de la Municipalidad haya emitido opinión sobre esas modificaciones, reiteramos siempre a favor de ICCSA.

7.74.- La propuesta técnica de CCCSA para realizar la obra (revisar anexo 06 del informe) señala que "plazo de ejecución de estudios para construcción de vía expresa del callao (proyecto definitivo) y tareas preliminares previas de 6 meses en total contado a partir del inicio de la concesión. Plazo de ejecución de las inversiones iniciales que incluyen la construcción de las obras de la Vía Expresa es 18 meses contados a partir del séptimo mes de la Concesión" luego se indica "a partir de la suscripción del contrato de concesión, el concesionario tendrá 24 meses para concluir en su totalidad las obras" (subrayamos nosotros para destacar los términos precisos y contundentes que se indica), así está contenido en el contrato preparatorio y el contrato de concesión de febrero del 2001 se especifica: "ejecutar la construcción de las obras conforme a las especificaciones técnicas contempladas en su propuesta técnica y concluir las obras dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de toma de posesión", resulta clara la cláusula por tanto su cumplimiento tenía que ser exigido por la Municipalidad, sin embargo, no fue así y por el contrario se suscribieron adendas que justificaban esos incumplimientos.

7.75.- La adenda de 21 de Mayo del 2004 (ver anexo 12 del informe) contiene modificaciones técnicas, que significan, según el informe técnico de la Contraloría, que afirma "se cambio el paso a desnivel en las intersecciones de las avenidas Elmer Faucett y Quilca, modificaciones técnicas sin sustento ni

PODER JUDICIAL

informes técnicos de parte de la Municipalidad y se afirma que esas modificaciones no satisfacen las necesidades del proyecto, por tanto implican una reducción en la inversión. La conclusión del informe sobre este asunto, luego de realizar las evaluaciones técnicas y verificación física revelan que no se cumplía con la propuesta técnica inicialmente aprobada y que debía cumplirse por el contrario solo significan una disminución en el costo de inversión que asciende a la suma de US\$1'013,782.69 dólares usa, según estimado del informe de Contraloría".

7.76.- La misma adenda permitía la "no construcción del tramo en trinchera y dos puentes vehiculares a la altura de las bases aéreas Naval y Policial y la ejecución del Puente Volteo Sur, que los reemplazaría fue suspendido". El informe de contraloría analizando los documentos refiere que la adenda del 22 de Mayo del 2002 (anexo 54) casi al año de haberse suscrito el contrato final y antes de la toma de posesión para el inicio de las obras, establecía que se produciría una modificación del proyecto con relación a su propuesta inicial, sin que exista informes técnicos de la Municipalidad se suscribe la adenda el 10 de enero del 2005 en cuya tercera cláusula se decide suspender la construcción del puente volteo sur, que estaba contenido en la adenda antes mencionada, por tanto cabe interrogar, porque el representante de la Municipalidad manipula de forma tan significativa e inconsulta, (nunca acudió a un informe técnico de la municipalidad), el desarrollo del proyecto conforme a la propuesta.

7.77.- Otra modificación que establece la adenda en evaluación, implica según el informe técnico de contraloría que "la estructura del pavimento de las vías principal y auxiliares del tramo "A" se ejecuto con menores espesores a los considerados en la propuesta técnica y económica CCCSA". Dice el informe que la carpeta asfáltica construida de 2" (dos pulgadas) de espesor y base granular de 20 cm de espesor, cuando la propuesta inicial decía 3" (tres pulgadas

de espesor) y base granular de 30cm de espesor, por tanto esta disminución no guarda relación con la propuesta económica, como es lógico entender.

7.78.- El Comité de Recepción de documentos de propuestas de los postores estuvo conformado por: José Talavera Herrera, Javier Orellana Vilela, Fernando Gordillo Tordoya y el Comité de Concesiones estaba integrado por Augusto Dall'orto Falconi, quien lo preside, José Ferreiros García y José Alejandro Talavera Herrera, posteriormente Edgar Barriga Calle, reemplaza como presidente a Dall'orto Falconi, todos vinculados y de confianza del Alcalde Provincial, quienes evidentemente estaban en situación de recibir ordenes, sugerencias, recomendaciones, disposiciones o indicaciones del Alcalde Provincial, para conducir el concurso, condición que se evidencia razonable atendiendo a las deficiencias que se ha advertido en la presentación y obtención de la buena pro, teniendo en cuenta el incumplimiento de las bases del concurso y por otro lado las especiales condiciones que indicaban dichas bases para excluir determinados competidores, sin embargo al haberse ya resuelta la situación jurídica de estos intervinientes favorablemente a ellos y considerando la naturaleza del trabajo que realizaban, según versión uniforme, solo revisaban el cumplimiento formal de los requisitos que las bases indicaban, cumplimiento que habrían realizado sin cuestionamiento de ninguna clase, en la opción que posteriormente había un comité de calificación y otorgamiento de buena pro que sería la encargada de revisar evaluar y decidir lo que corresponda.

7.79.- El comité de calificación y otorgamiento de buena pro de la concesión integrada por Augusto Dall'orto Falconi, José Ferreyros García, Edgar Barriga Calle y José Talavera Herrera, también personas de la entera confianza del ex Alcalde Provincial, debía cumplir con su función evaluando el cumplimiento sustancial de los requisitos exigidos en las bases, sin embargo, conforme hemos señalado en considerándos anteriores basados en el informe de contraloría, no

fueron escrupulosos en el cumplimiento de las condiciones para concursar y es mas admitieron a la empresa CCCSA con las deficiencias que se menciona, por tanto la secuencia del favorecimiento a la empresa es manifiesta en estas dos primeras etapas del proceso de concesión. Los miembros de este segundo comité antes mencionados, estaban igualmente vinculados y eran de plena confianza del Alcalde Provincial, por tanto resulta atendible que dicho comité pueda haber estado influenciado por el funcionario Municipal acusado para que tomen la decisión que tomaron, lo que se deriva de la forma en que participa la empresa y accede al concurso y luego de la manera en que es declarada ganadora del concurso de concesión, esta deducción producto de las pruebas actuadas, constituyen otro indicio contributivo y concomitante que junto a los demás descritos conducen sin lugar a dudas, a la responsabilidad penal del acusado.

7.80.- Posteriormente una vez otorgada la buena pro se producen más hechos de favorecimiento a la empresa, al haberse suscrito indebidamente un "contrato preparatorio de concesión", fecha 30 de marzo del 2000, (ver folios 741), sin que sea necesario, salvo que se pretenda asegurar el contrato definitivo y asegurar la concesión a pesar de los incumplimientos de la empresa que gana la concesión, incumplimientos evidentes de la empresa con los rigores establecidos en las bases para hacerse acreedor a la concesión y luego para suscribir el contrato, condición que origina sucesivas postergaciones de la suscripción del contrato final, con total complacencia del funcionario municipal, es en esa etapa que interviene Ángel Guasco hasta que se firma el contrato definitivo. En efecto las prorrogas mediante "cláusula adicional" obran a folios 751 hasta 755 inclusive y sucesivamente se posterga por 60 días, luego 30 días, otra vez por 30 días, 60 días y finalmente por 43 días, llegando de la fecha prevista el 09 de Febrero del 2001, en realidad ese contrato preparatorio constituye una muestra palpable de cómo el Alcalde Municipal, hace concesiones extraordinarias y favorece abiertamente a la empresa concesionaria para que acomode sus condiciones a las

condiciones contractuales y requerimientos exigidos para firmar el contrato final, en cualquier otro caso, el servidor público interesado por la buena administración pública, no hubiera permitido semejantes favores a una empresa para que se beneficie con un contrato.

7.81.- Si a ese contrato preparatorio se agrega el acta de toma de posesión y entrega de bienes (ver folios 795 su fecha 20 de Marzo del 2003), se ratifica esa vocación de servicio que demuestra el Alcalde Municipal a favor del Consorcio Conviao Callao SA (CCCSA), debido a que le facilita el plazo de inicio para que la empresa comienza la explotación de la obra inconclusa, a pesar que el contrato de concesión refiere que para esos beneficios la obra debe estar concluida, le otorga un plazo de conclusión que nunca se cumplió y tampoco se aplicaron las penalidades.

7.82. Flota la interrogante, porque tanto beneficio y tanta concesión y sumo cuidado en que no se caiga la concesión, a que se debe tanta protección y displicencia en las exigencias al concesionario, para que tantas seguridades y postergaciones cuando había ausencia de algún requisito, hasta que se cumpla, porque no se impuso las penalidades, a que se debe que e acepto un postor que no cumplía con las exigencias, luego no se apresura para cumplir las condiciones exigidas para firmar el contrato y por el Contrario es la Municipalidad que otorga todas las ventajas para que esto ocurre y cuando se firma finalmente el contrato no se le exige que cumpla con los plazos y las construcciones estimadas, sino que siguen las decisiones favorables para el concesionario, inclusive se suscribe adendas que evidentemente permiten que la Municipalidad se acomode a las circunstancias del concesionario, es evidente que hay voluntad de favorecer y beneficiar a alguien y ciertamente no puede ser otro que las personas vinculadas al Alcalde Municipal, pues de otra manera no se comprende ese comportamiento complaciente de un Alcalde que al principio indico que era una emergencia

construir la Vía Expresa Callao, que era una obra necesaria, que el Callao y el Perú se beneficiaría, que era prioridad en la red vial del Callao, versiones que ha reiterado en la investigación que realizó una comisión del congreso sobre este asunto (ver tomo 4 de este expediente), entonces en apariencia no era el interés y la satisfacción de beneficiar a la comunidad del Callao, sino explotar el negocio que era la Vía a través de los peajes.

7.83.- Por tanto resulta válido considerar que los actos de colusión para tanto favorecimiento pudo haberse realizado antes, durante o después de la suscripción del contrato (aun cuando parece que fuera antes por eso se admite a la empresa a pesar de las deficiencias y limitaciones que no le permiten cumplir con lo que las bases exigen).

7.84.- Posteriormente viene la suscripción de las adendas que igualmente, conforme señalamos, sigue la tendencia del favorecimiento a la empresa en su propósito de ejecutar la obra, ya se ha descrito el contenido de las adendas y la evidencia de la participación del funcionario municipal acusado sin preocuparse por el interés de su representada y únicamente interesado y preocupado por que la empresa CCCSA ejecute la obra, lo que nos lleva a concluir que habiéndose logrado que gane el concurso, ahora sigue la secuencia para que ejecute la obra, sin que importe en absoluto los problemas de toda índole (descritos ampliamente) que origina la empresa para los propósitos que estaba destinado.

7.85.- En las condiciones descritas y ante la evidencia irrefutable de las pruebas, concluimos señalando que en el comportamiento del acusado Kouri Bumachar existen actos iniciales que constituyen los indicios antecedentes que derivan en concluir que hubo colusión y estos están referidos esencialmente a la declaración en emergencia de la red vial del Callao, casi simultáneamente se forman las empresas que posteriormente participarían en la convocatoria, luego viene la convocatoria para la concesión y la designación de los miembros de los

comités de recepción de propuestas y de concesión, donde destaca Augusto Dall'orto Falconi como Presidente, sucedido después por Santiago Barriga Calle, ~~su~~ socio y amigo, quienes otorgan la concesión a las empresas que se formaron aparentemente de manera expreso para dicho concurso, donde también hay parientes del primer presidente del Comité de Concesión, quien finalmente termina siendo pariente político del alcalde municipal.

7.86.- Luego concurren hechos y acontecimientos ya descritos ampliamente que favorecen la participación de la empresa y a pesar de las deficiencias y carencias con las que se presenta es admitido, se le otorga plazos para subsanar, condición que es negada a otros participantes y finalmente se le otorga la concesión, estos comportamientos constituyen también indicios concomitantes con los anteriormente descritos, que en conjunto conducen en la misma dirección favorecer a la empresa donde hay personas vinculadas al titular de la Municipalidad del Callao, hasta que finalmente se firma un contrato definitivo asegurando la concesión, luego de haber firmado un contrato preparatorio, que no venía al caso, pero si calza en la intención de favorecer, así como las postergaciones mediante cláusulas adicionales hasta que se cumpla con los requisitos exigidos para la suscripción del contrato.

7.87.- Finalmente firmado el contrato se supone que comienza la ejecución dentro de los plazos establecidos, sin embargo, siguen habiendo inconvenientes de parte de la empresa ganadora y la Municipalidad a través de su Alcalde no duda en firmar adendas que siempre tienen la tendencia de beneficiar al concesionario, adendas que inclusive modifican los términos del contrato y hacen concesiones adicionales no previstas, por tanto el favorecimiento continua, hasta que finalmente se le concede la facultad de explotar los peajes, a pesar que las condiciones de dicha explotación estaban contenidos en el contrato de manera puntual, lo que deriva en una ventaja adicional y efectiva para el concesionario

que finalmente no cumple con las obras en los términos establecidos ni con las especificaciones señaladas, por tanto la única conclusión válida a la que se puede arribar es que resulta evidente la responsabilidad penal del acusado Kouri Bumachar por el delito de colusión prevista y sancionada por el artículo 384 del Código Penal, segundo párrafo.

7.88.- Este resumen final, sobre las actividades del ex Alcalde Municipal, que por cierto son hechos probados, no porque así lo diga el informe de Contraloría, sino porque, esta sustentado en documentos que el propio Alcalde ha suscrito, otorgan convicción sobre el interés especial que tenía este funcionario Municipal en que gane la concesión determinada empresa y luego lo ejecute a toda costa beneficiándose con el cobro del peaje por 30 años, interés que no ha sido explicado habiéndose esgrimido únicamente como justificación la necesidad de la obra que no está en cuestión, sino la forma en que se pretende imponer para que una empresa, como si se tratara de la única capaz de hacerla, se beneficie con la concesión.

7.89.- En términos generales el informe de contraloría, describe esas decisiones contenidas en los documentos mencionados, entonces no se trata de sospechas afirmaciones tendenciosas o mal intencionadas, sino detalle de lo que literalmente dicen los documentos que firmo el Alcalde Municipal, pero dicho informe además contiene otros incumplimientos y demoras en la ejecución de la obra, que habiendo sido de conocimiento por parte de la Municipalidad en todo caso no originaron la imposición de las penalidades indicadas en el contrato e inclusive la resolución del contrato de concesión, condiciones que contribuyen en complementar la sospecha colusiva del representante de la Municipalidad Provincial del Callao, que frente a cada una de estos cuestionamientos, en el interrogatorio siempre encuentra explicaciones que pueden resultar atendibles y en algunos casos ciertos, pero el contexto de todo el comportamiento desde el

inicio del concurso de concesión hasta después de la ejecución parcial de la obra, siempre se vio visto beneficiado por el comportamiento pasivo, complaciente y generoso lo que no se condice con el comportamiento fiel del servidor público con la administración estatal, ni se adecua a un comportamiento normal de cualquier ciudadano en la contratación de una obra particular, pues todos tenemos el derecho de exigir que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales y las demoras, deficiencias o modificaciones tienen que ser siempre en función del beneficio de la obra y si hay pactos que disminuyen mejores condiciones implicarían necesariamente reducción de los costos y aun cuando en este caso la Municipalidad no pagaba un centavo al concesionario, era su obligación resguardar que se ejecute la obra según el proyecto inicialmente aprobado y en los tiempos estimados, caso contrario ante contingencias que pueda presentarse se modifican las condiciones, siempre preservando el interés del concesionario en este caso o imponiendo las penalidades que establece el contrato, lo que nunca ocurrió en este caso, sino que la secuencia y correlación contractual siempre beneficiaba y favorecía al constructor, como bien refiere la Procuraduría en sus alegatos finales, todo era ganancia para el Consorcio y pérdida para la Municipalidad, cuando una de las condiciones fundamentales en las contrataciones del Estado, tanto de bienes como de servicios requiere un idóneo el equilibrio económico y financiero, lo que implica en términos sencillos es que haya ganancia para ambos intervinientes y el beneficio sea mutuo. A propósito la cláusula cuarta del contrato preparatorio consigna en el punto 4.04 "mantener en todo momento el equilibrio económico financiero del contrato", lo que tampoco se cumplió.

7.90.- Esto es lo que la fiscalía, la procuraduría pública y el informe de contraloría denomina ecuación económica financiera, la que es pensada, consensuada y suscrita en un contrato determinado por tanto debe cumplirse y cualquier alteración origina modificaciones en esa ecuación, que requiere siempre

mantener un equilibrio entre las condiciones que las partes acordaron y si deciden modificar el equilibrio se debe mantener, sin embargo en este caso, la ecuación alterada solo tenía la tendencia de favorecer a CCCSA, y en nada a la Municipalidad, lo que no solo resulta cuestionable, sino que conforme indica la acusación fiscal es producto de acuerdos concertatorios que por cierto defraudan al Estado. Al respecto los testigos técnicos **Juan Jorge Ormaeche Farfan e Itler Wenceslao Romero Dávalos**: En sesión de audiencia de fecha 02 y 10 de marzo del presente año, manifestaron que una ecuación económica financiera en un contrato de concesiones es el ingreso menos el egreso da una utilidad y da un resultado con el que se puede determinar un porcentaje de la participación de la concesión.

7.91.- Refirieron que para emitir el informe pericial analizaron el contrato de concesiones y sus respectivas adendas solo respecto a la cuantificación del monto a determinar, mas no determinaron las obligaciones del contratista o concesionario porque no lo solicitó el juez instructor; asimismo la referida pericia no esta determinado en función al perjuicio al Estado por no haber recibido la obras, sino era determinar y cuantificar el monto de ingresos proyectados.

7.92.- Asimismo para determinar el monto de ingresos por pago a los 30 años de concesión, conforme al objeto de la pericia, solicitaron información tanto a CONVIAL CALLAO como a la SUNAT para ver los ingresos mensuales según libros y en función a estos ingresos que son reales, determinaron el monto de ingresos proyectados; que no tomaron en cuenta la tarifa que pueda existir para cada peaje, habiendo concluido que el monto de ingresos proyectados hubiera sido de S/. 293'461,997.65 nuevos soles en 30 años, tomando en cuenta el promedio mensual de S/. 815,172.22 nuevos soles, que estos ingresos estaban

proyectados con una tarifa de 0.70 centavos de dólar conforme a las modificatorias de la adenda de fecha 15 de febrero del 2002.

7.93.- Finalmente señalaron que no pueden determinar si la falta de avance o el avance completo de la obra, derivaron en perjuicio o no al Estado, que no entraron a este detalle porque no era parte del objeto pericial, así como tampoco visualizar los aportes de la Municipalidad Provincial del Callao.

7.94.- Aun comprendiendo y estando convencidos que fluye razonable la declaración de emergencia de las vías del Callao, también aparece convincente y justificado que se construya la vía expresa, inclusive está bien que se haga a través de una concesión, lo que no está bien es la forma en que se desarrollan las actividades para que la empresa CCCSA sea la ganadora, la ejecutora y favorecida con la concesión, actividades en las que el comportamiento del Alcalde Provincial, son fundamentales, no solo para que se haga la obra, sino para que se realice en las mejores condiciones, con las mayores ventajas para el Estado y calculando el razonable margen de ganancia que la empresa requiere, sin embargo por los estimados que hace la pericia dispuesta por el señor Juez lo que debía percibir la empresa por los peajes y otros ingresos (básicamente avisaje publicitario) en 30 años ascendían en proyección a la impresionante suma de S/. 293'461,997 soles, (ver pericia folios 23792 y siguientes), según la contabilidad de la empresa, por tanto se tenía que reclamar a la empresa que cumpla con las exigencias de las bases, la ejecución de la obra en las mejores condiciones y sin que se suprima nada de la propuesta técnica y en la oportunidad debida, lo que no ocurrió en este caso, condiciones ventajosas que ciertamente derivan en sospecha válida de concertaciones ilegales.

7.95.- No nos cabe la menor duda que era de interés especial del Alcalde Provincial ejecutar la obra, no solo por la necesidad ciudadana, sino por cumplir con sus compromisos como Alcalde, además de realizar un eficiente trabajo para

la Provincia Constitucional del Callao, sin embargo, ese interés además se distorsiona a través de un complaciente y generoso favorecimiento a la empresa, en las condiciones descritas.

7.96.- Las explicaciones que esboza para cada cuestionamiento, en apariencia sustentadas no hacen sino tratar de encontrar soporte o asidero de comportamiento lícito procurando justificar hechos y situaciones que por la forma en que se han realizado, no tienen justificación, ni explicación razonable en su calidad de representante de la Municipalidad, aun cuando puedan ser válidas en su condición de acusado por un hecho delictivo e igualmente las alegaciones de defensa que hace señalando principalmente que no hay perjuicio para el Estado porque no ha gastado la Municipalidad Provincial ni un sol, igualmente constituyen argumentos deleznable, porque no es razonable que detrás de estos hechos no existe perjuicio patrimonial al Estado, no porque este haya gastado su peculio, sino porque los costos que involucran el uso de las vías, la trascendencia económica de la existencia de una vía bien construida, la alteración de la ecuación económica financiera entre lo que se promete, se pretende y lo que se logra posteriormente, significan un costo económico considerable para el Estado, en consecuencia, lo evidente no se puede justificar alzando la voz ni dando explicaciones sin contenido. El Ministerio Público y la Procuraduría han coincidido en que la inexecución de obras en tiempo oportuno pactado, las suspensiones en la ejecución, la supresión de determinados trabajos contratados y el adelanto en el cobro del peaje, cuando las obras estaban inconclusas, así como el incumplimiento en determinadas especificaciones técnicas pactadas, evidentemente determinan fraude al patrimonio del Estado, que debía verse beneficiada con la concesión, de la misma forma que el Consorcio.

7.97.- Estas consideraciones nos derivan en la existencia de abundante evidencia referencial sobre el acuerdo colusivo que se habría producido entre Kouri Bumachar y el representante del Consorcio CCCSA, para beneficiar a dicha empresa, lo que en realidad no personaliza al beneficiario, aun cuando están identificados los representantes de la empresa, en efecto se menciona inicialmente a Ángel Guasco y Lowry Gazzini, (ambos gerentes), los mismos que fueron excluidos del proceso, pero tampoco son los beneficiados directos con la concesión, por tanto es esencial determinar quien o quienes serian los directos beneficiados de esos actos de concertación defraudatoria, lo que deriva en las conclusiones a las que arriba el Ministerio Publico en su requisitoria oral, concluido el debate judicial. Lo que queda claro es que se beneficio al CCCSA, hecho denunciado y reiterado a través de todo el proceso penal.

7.98.- Ha señalado la Fiscalía Superior que la concertación de Kouri Bumachar habría sido con Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizarraga, el primero designado Presidente del Comité de Concesiones por la Municipalidad del Callao y el segundo accionistas de la empresa Ingenieros Civiles & Contratistas Generales SA ICCGSA, que a su vez es accionista del Consorcio CONVIAL SA, empresa beneficiaria de la concesión. Esta afirmación se basa en el parentesco político que existe entre Augusto Dall'orto Falconi y Alexander Kouri Bumachar, de suero a hijo político, debido a que el acusado contrajo matrimonio con la hija del mencionado Dall'orto Falconi, Claudia Dall'orto y Roberto Dall'orto Lizarraga es primo del citado Augusto Dall'orto, ambos involucrados en el Consorcio beneficiado. Igualmente menciona el Ministerio Publico que en vista del grado de parentesco que se presento, Augusto Dall'orto Falconi renuncia a la Presidencia del Comité y es reemplazado por su amigo y socio Edgar Barriga Calle, ambos son accionistas de la empresa Barriga Dall'orto SA Ingenieros Consultores y además fue director de la Empresa CV Project SAC la que tuvo a su cargo la verificación en las obras de la Vía Expresa del Callao, por encargo del Banco Financiero,

además esa designación tenía como condición para los otorgamientos de crédito a CONVIAL SA, siendo esta última empresa la que habría pagado los honorarios, según la denuncia fiscal.

7.99.- Este giro procesal, explicado en la última etapa del juicio oral, constituye, sin duda una variación en la hipótesis acusatoria, a guisa de las decisiones judiciales que se han sucedido respecto de los otros involucrados, que sucesiva y finalmente han sido excluidos del caso, habiendo quedado únicamente Kouri Bumachar como único acusado por delito de colusión desleal, circunstancia que es preciso evaluar desde la perspectiva jurídica de manera adecuada, pues no es frecuente que se presenten este tipo de situaciones especiales, particulares y diferentes, condición que determina también un especial cuidado en la decisión, por tanto evaluamos a continuación este punto.

8.- DETERMINACION DE LOS TERCEROS INTERESADOS (EXTRANEUS):

8.1.- Una variación material de la acusación fiscal, vale decir una descripción diferente de la que inicialmente se estableció, es posible debido a que la investigación preliminar, la instrucción, (según el Código de Procedimientos penales), o concluido el debate oral en audiencia pública, puede traer como consecuencia situaciones, circunstancias o condiciones que varían de lo que originariamente se considero. Estas nuevas condiciones evidentemente no pueden derivar en otro proceso penal, por diversas razones, oportunidad, economía procesal, inclusive no doble procesamiento por el mismo hecho, lo que deriva en la necesidad de abordar en el mismo proceso penal, esas nuevas condiciones fácticas.

8.2.- Evidentemente que esta variación, tiene efecto inmediato en el derecho de defensa, debido a que el procesado que planteo su defensa en función de determinadas condiciones materiales, se ve sorprendido por una variación en el

planteamiento del caso por parte del titular de la acción penal, por tanto tenemos tres opciones: i) concluir el caso como estaba inicialmente planteado e ignorar lo que señala la Fiscalía, situación que eventualmente puede derivar en impunidad; ii) admitir esas nuevas condiciones fácticas, retroceder el proceso y luego de un debate en las nuevas condiciones planteadas, y decidir el caso; iii) concluir con el proceso penal respecto del acusado Kouri Bumachar y remitir copias al Ministerio Público para que inicien el proceso judicial contra los terceros particulares mencionados.

8.3.- Lo que ha ocurrido en este caso es que inicialmente se dijo de manera genérica que el acusado Kouri Bumachar se habría concertado con los representantes legales del Consorcio CCCSA, al igual que otros funcionarios municipales, pero al haberse resuelto favorablemente la situación de esas terceros involucrados en condición de extraneus y haber quedado Kouri Bumachar como único acusado de colusión, sin que existan terceros interesados (extraneus), procesados, origina evidentemente una situación de incertidumbre legal, debido a que como bien reclama la defensa, con quien se ha coludido su patrocinado, situación de hecho que no satisface formalmente el requerimiento normativo del tipo penal de colusión desleal, pero por otro lado está la evidente actuación del funcionario público para beneficiar al consorcio.

8.4.- Por otro lado, conforme se ha establecido de manera suficiente, probada y documentada, es evidente que Kouri Bumachar el Alcalde y servidor público, ha favorecido notoria y ostensiblemente al CCCSA para otorgarle la buena pro y que se beneficie con la concesión, comportamiento que no ha sido justificado legalmente, entonces persiste la sospecha de que ese comportamiento obedece a un compromiso colusorio, entonces hay dos situaciones claramente establecidas y definidas que es preciso resolver.

PODER JUDICIAL

8.5.- Conforme hemos mencionado, el favorecimiento a CCCSA, tiene que ver con la vinculación que existe entre los accionistas de las empresas que conforman el Consorcio, en las condiciones que hemos descrito anteriormente, situación que habría originado ese comportamiento recurrente y marcadamente favorable a la empresa favorecida en el concurso y finalmente convertida en concesionaria, por tanto como deduce la Fiscalía Superior, la concertación habría sido con las personas antes citadas, hipótesis, que ha sido planteada cuando ha concluido el debate oral, situación que ciertamente origina un problema jurídico que es preciso evaluar y decidir de tal manera que sin desmedro de los derechos fundamentales de las partes se pueda concluir estableciendo las responsabilidades penales existentes a fin de otorgar credibilidad y solidez al sistema de justicia que no puede desenvolverse en función de determinados intereses o deficiencias del sistema de justicia, sino que a pesar de esas circunstancias, equilibrar el normal desempeño de la administración pública y propiciar condiciones de control y sanción idónea para los actos de corrupción que tanto daño le hacen a la sociedad y el Estado.

8.6.- Por otro lado es fundamental que el empeño del Estado en su lucha contra la corrupción, no sea solo un buen deseo o una frase que repiten todos los servidores públicos, sino que efectivamente cada uno del puesto donde se encuentre contribuya en la lucha contra este endémico mal que no solo perjudicial a la administración estatal, sino en su conjunto a toda la nación y todos los ciudadanos nos vemos perjudicados con los efectos de la corrupción, razones suficientes para que ahí donde hay sospecha de actos de corrupción vinculados al Estado, el sistema de justicia garantice respuestas eficaces y ejemplares que propicien condiciones de credibilidad y confianza en sus instituciones, por tanto situaciones tan evidentes como este caso donde se ha descrito de manera probada cada una de las actividades realizadas por el ex Alcalde Municipal a favor de un consorcio que sin tener capacidad financiera ni

soporte técnico necesario se compromete a construir una obra fundamental para el Primer Puerto del Callao, sin embargo, lo que deriva en muchas deficiencias e incumplimientos desde el principio, condiciones que habiendo advertido el Alcalde Municipal, siempre apoya y favorece para que el concesionario continúe con su propósito, hasta que finalmente por su propia incapacidad no concluye con la obra y las investigaciones determinan que hubo otros intereses en la construcción de esa obra producto de un acto de concertación colusoria.

8.7.- Si toda la conducta que hemos descrito y la prueba que hemos glosado, no responde a un comportamiento delictivo, producto de un acuerdo colusorio, no encontramos justificación para que el servidor público, prácticamente se haya puesto al servicio del Consorcio y no actúe como Alcalde de una Municipalidad, sino como operador de una empresa, condiciones que derivan en actos delictivos graves que no solo reprobaban, la sociedad y las leyes peruanas, sino la Convención Interamericana contra la corrupción suscrita el 29 de marzo de 1996 y ratificada el 10 de junio del 2003 y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada en asamblea de 31 de Octubre del 2003.

9.- IMPUTACION CONCRETA:

Análisis de la imputación concreta y la situación jurídica del servidor público acusado por delito de colusión sin determinación del extraneus.

9.1.- Conforme hemos descrito el Ministerio Público en la acusación oral a la conclusión del debate, ha sostenido una variación trascendental en la imputación fáctica, en efecto dice que los actos de concertación habrían sido con Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizarraga debido a que serían ellos los directamente beneficiados con la concesión y teniendo en cuenta la vinculación de parentesco que existe entre estas personas y Kouri Bumachar. 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.

9.2.- En efecto, la imputación penal tiene que ser concreta, puntual, precisa y definida, es parte de la seguridad jurídica y del idóneo ejercicio del derecho de defensa, en este caso esa imputación es concreta, constante y definida, respecto de actos colusorios en los que habría incurrido Kouri Bumachar, para favorecer a CCCSA en el otorgamiento de la concesión para la construcción de la Vía Expresa Callao, lo que ha variado es la identidad del operador u operadores intervinientes en este hecho colusorio, vale decir el extraneus, la persona o personas con las que el acusado Kouri Bumachar se coludió para favorecer en este concurso público y la contratación, la identidad de éstos no fue definida sino hasta el final del debate oral, modificando las opciones inicialmente manejadas en la imputación fiscal, situación que evidentemente requiere una especial evaluación desde la necesidad del carácter concreto y preciso de la imputación.

9.3.- Constitucionalmente el proceso penal requiere de dos condiciones fundamentales, el conocimiento completo y acabado del hecho (cognocitivismo) y el debido y formal procesamiento del caso (principios de garantía y debido proceso desde la perspectiva jurídica), condiciones indispensables para la validez legal del caso, debido a que el incumplimiento de estas premisas, nos deriva en inseguridad, variaciones en la imputación, afectación al derecho de defensa e incertidumbre en las formas procesales y en este caso, estamos ante una variación del primer presupuesto.

9.4.- El conocimiento acabado y preciso del hecho, determina que no existan especulaciones, tergiversaciones, ni conjeturas sobre la ocurrencia de un acontecimiento que por su forma de descripción tiene características delictivas. Este hecho, es comprobable, admite opciones probatorias, sugiere una controversia que es lo que origina el debate procesal, donde hay tanta posibilidad de demostrar, por ambas partes sus pretensiones y concluir aseverando que se ha comprobado la realización del hecho y la responsabilidad o no del imputado.

9.5.- Si las condiciones fácticas no son definidas y acabadas, se origina un margen de incertidumbre, condiciones en las que el ejercicio del derecho de defensa, es precario, iracundo, incierto, impreciso y por ende vulnerable e inadecuado, afectándose ese derecho fundamental de defensa que prevé el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Perú, razón suficiente para no admitir variaciones del hecho, en instancias previas a la definición del caso. En este caso la defensa ha sido idónea, suficiente y clara, en función del punto esencial del debate, esto es la colusión del Alcalde para favorecer al consorcio, extremo que no ha variado y es constante y en todo caso la variación de las personas intermediarias en esos actos colusorios, no trasciende mas allá de una precisión de personas, cuando el hecho es el mismo.

9.6.- La posibilidad de defensa idónea, se ve perjudicada cuando la imputación no es definida y debidamente configurada y se traduce en un deficiente ejercicio de defensa, distorsionándose el contradictorio, por tanto la decisión final, también se puede perjudicar en razón de esas incertidumbres en la imputación y la defensa, pues no se concreta de manera cabal la imputación y no es ejercida de manera plena el derecho de defensa, consecuencia, la resolución decisoria, es incierta. Condiciones que en este caso no se dan debido a que el planteamiento del caso es claro, preciso y contundente, conforme reiteramos, lo

que varia son los operadores extraneus, lo que no significa que no haya extraneus.

9.7.- La hermenéutica del proceso penal, se sustenta, en un hecho imputado de manera completa y definida, que origina dos opciones al imputado; i) admite y conviene con la imputación, por tanto únicamente cabe establecer la respuesta penal; ii) ofrece oposición, en consecuencia se origina el debate, pero sobre cuestiones definidas, fácticamente, lo que incluye la determinación de los vinculados e involucrados en el hecho, no se trata de situaciones por definir, porque se altera esa correcta correspondencia entre la imputación y la oposición.

9.8.- Esta imputación concreta, además debe estar circunscrita en torno de determinada prescripción normativa, el tipo penal, consecuentemente, la descripción del hecho debe asimilarse a la descripción típica del delito, lo que exige que esa atribución de hechos, sea completa y plena, con mención debida de todos los elementos del tipo penal, en efecto tratándose de un delito de colusión que por su naturaleza y antonomasia, requiere la intervención de dos o más personas, pues nadie se colude consigo mismo, es indispensable que se mencione al servidor público en actos de colusión con uno o más terceros interesados a los que dogmáticamente se les denomina extraneus.

9.9.- Cualquier conducta delictiva, en el proceso de juzgamiento puede originar que personas ajenas al proceso hayan estado vinculadas al hecho, "verbi gratia", en un juicio por homicidio se puede descubrir en el debate oral que además del autor existió otra persona que ayudo en la comisión del delito o que el móvil del hecho sea diferente al inicialmente planteado, condiciones que no excluyen la intervención del procesado, en todo caso varían circunstancias y situaciones periféricas en torno de la persona que se juzga por determinado delito, lo que nos remite a diversas soluciones que van desde retroceder el proceso, pasando por adecuar a las nuevas condiciones, hasta concluir y luego definir las nuevas

condiciones propuestas, por tanto estas contingencias merecen un tratamiento procesal idóneo, sin embargo no necesariamente varían la conducta sustancial materia de proceso.

9.10.- Una imputación concreta, en el delito de colusión ilegal, no puede obviar, ni escatimar y mucho menos ignorar, la necesaria intervención de un contratista beneficiado, en este caso, el consorcio CONVIAL CALLAO SA, que obtuvo la buena pro, pero si pueden variar, conforme avanzan los debates, la identidad de las personas que en representación de la empresa participan de dicha concertación, pues es perfectamente viable que surjan nuevas personas, tanto en la entidad pública, como en la empresa contratista, que hayan estado involucrados en el hecho delictivo, situación que deberá ser resuelta bajo las condiciones antes descritas, retrocediendo el proceso para incluir a los nuevos involucrados, si la etapa procesal admite, adecuando o acomodando a la etapa procesal en que se encuentra el caso, o sencillamente concluir el proceso ya avanzado y luego procesar y decidir la situación jurídica de los recién descubiertos involucrados en el hecho.

9.11.- En este caso se ha presentado esta última opción, debido a que el Ministerio Público, como resultado del debate en el plenario ha concluido que los interlocutores del acusado Kouri Bumachar en el concierto ilegal para favorecer al Consorcio CCCSA, con el otorgamiento de la buena pro en el concurso público convocado por la Municipalidad Provincial del Callao, serían Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizarraga, por tanto tiene fundadas sospechas que habrían sido los que se concertaron con el funcionario público acusado y solicita que se les procese, condición que por cierto no corresponde a la línea inicial de la acusación fiscal, pero que debido a las novedades que se presenta en el debate penal de juzgamiento se originan y permiten sostener la inicial imputación contra el procesado por colusión desleal, significa esto que el comportamiento del

servidor publico se mantiene, pero surgen nuevos personajes con los que se habría puesto de acuerdo en su afán colusorio, defraudando al Estado, en este caso representado por la Municipalidad del Callao

9.12.- Esta nueva determinación de los extraneus intervinientes, no afecta el derecho de defensa en tanto los cargos de imputación contra el servidor publico se mantiene, pues no se ha variado en ningún caso que el acusado se ha coludido para beneficiar al consorcio CCCSA, con el contrato de concesión, para la construcción y posterior explotación de la "Vía Expresa del Callao", que le permitía el cobro de peajes por 30 años con una ganancia sustancial y muy beneficiosa para el citado consorcio y sus accionistas, entre ellos, Augusto Dall'orto Falconi, que se convierte en el curso de la ejecución del otorgamiento de la concesión, en suegro del ex Alcalde quien contrae nupcias con su hija, por tanto el beneficio que se le otorgaba a esta persona con dicho contrato de concesión, directa o indirectamente también beneficiaba a su hija, la cónyuge del Alcalde.

9.13.- Debemos concluir entonces que es esencial que la imputación penal sea concreta, acabada y definida, con la mayor precisión posible, determinándose todas las condiciones de hecho que la ley requiere para configurar el tipo penal, de no ser así una imputación deficiente, con ausencia de algún elemento del tipo penal o error en la configuración del tipo, traerá como consecuencia el sobreseimiento o la absolución del imputado, no porque sea inocente de los hechos, sino por deficiencias formales y sustanciales en la imputación o la falta de determinación correcta de los partícipes e involucrados. Es inacabado o incierto el hecho cuando no se describe de manera completa como ocurre, no se detalla las circunstancias de su producción y quienes intervienen, en este caso esas condiciones están suficientemente detalladas y al final se ha descrito otros

involucrados además de los que inicialmente se menciono, por tanto no hay afectación al derecho de defensa.

9.14.- En la misma línea de evaluación, en el presente caso, surge una interrogante; será posible imputar la comisión del delito de colusión desleal a un servidor publico sin haber precisado a los terceros extraños interesados o habiéndolo hecho, se resuelve la situación jurídica de estos sobreseyendo la causa, lo que origina que, en el proceso, el servidor público quede como autor del delito de colusión con ausencia de terceros interesados. La premisa de la colusión esta establecida, el error en la definición del particular interesado, no elimina el comportamiento del servidor público.

9.15.- Que ocurre cuando se tipifica adecuadamente, imputando un hecho que tiene contornos delictivos y se adecua en su calificación al delito de colusión, se establece quien seria autor e igualmente se determina preliminarmente a las personas que habrían intervenido en representación del "interesado" en el concierto ilegal, sin embargo en el transcurso del proceso se excluye a estos últimos sobreseyendo la causa a favor de ellos, originando que el autor (servidor publico) queda solo como autor de colusión sin el cómplice necesario y posteriormente se concluye por el titular de la acción penal, señalando que los intervinientes por los terceros son otros, los identifica y pretende recién iniciar una investigación penal contra estos, será viable encontrar responsabilidad penal al autor y condenarlo por delito de colusión, los cuestionamientos requieren respuesta jurídicamente sustentada.

9.16.- Debemos hacer mención en principio a la existencia de jurisprudencia sobre la materia, en efecto, el expediente 018-2002, proveniente de la Quinta Sala Penal Especial (anticorrupción), seguido contra Enrique Alberto González Vásquez y otros por delito de colusión ilegal y cohecho propio, sin que se haya procesado, en ese caso de colusión a los operadores particulares, habiendo solo

identificado a la empresa que se habría visto favorecida, (tercero necesario), trajo como consecuencia sentencia condenatoria, contra la citada persona por delito de colusión ilegal y cohecho, a pesar que no estaban procesados los terceros, aun cuando se menciono los nombres de los representantes de la empresa favorecida, a quienes recién después de la sentencia condenatoria se pretendió procesar, caso similar al presente.

9.17.- Esta sentencia condenatoria, fue confirmada por la Suprema Corte de la Republica, mediante ejecutoria N° 1153-2008 y si bien es verdad posteriormente se demando la revisión del caso, las causas de la revisión y la declaración final fue por la existencia de prueba nueva, vale decir razones diferentes a la falta de procesamiento y responsabilidad penal del servidor publico.

9.18.- Igualmente debemos mencionar la sentencia de revisión N° 164-2011 de la Sala Penal Permanente, su fecha 25 de Septiembre del 2015, en la que evalúa una sentencia condenatoria contra servidores públicos, que fueron sentenciados por delito de colusión ilegal, sin que haya condena contra el supuesto tercero interesado (extraneus). En efecto, la Segunda Sala Mixta de Ayacucho condena a cuatro servidores de la Municipalidad Provincial de Huamanga por delito de colusión en calidad de autores, sin que haya condena contra ningún extraneus, por el mismo delito, condena que es confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria Suprema, con fecha 26 de mayo del 2005.

9.19.- En este caso se condena al supuesto extraneus, por delito de estafa, (extremo que fue anulado), por tanto no hubo en la condena de los autores del delito de colusión, tercero interesado, aun cuando posteriormente se hace denuncia penal y se procesa al extraneus por el delito de colusión en el que habrían incurrido los servidores públicos condenados. Dicho proceso concluye con la absolución de los supuestos terceros interesados, absolución que agota la

máxima instancia del Poder Judicial y es confirmada, en consecuencia, la sentencia por delito de colusión, solo comprendía a los servidores públicos.

9.20.- Atendiendo a la sentencia absolutoria en favor de los procesados como terceros interesados, los inicialmente condenados servidores de la administración municipal plantean un recurso de revisión, que fue declarada fundado, precisamente bajo el argumento de la inexistencia de terceros interesados, lo que hace inviable la sustentación del delito de colusión ilegal.¹¹

9.21.- Concluimos de estas dos sentencias de primer grado confirmadas por sendas ejecutorias supremas que es factible jurídicamente condenar al servidor público por delito de colusión desleal en agravio del Estado, con la sola condición de haberse mencionado al tercero interesado, aun cuando sus operadores no estuviesen procesados, como se ha demostrado en los dos antecedentes señalados, casos en los que con posterioridad a la condena del servidor público se procesa al tercero particular interesado.

9.22.- Es preciso advertir que en ambos casos, hubo sentencia condenatoria, sin precisión de la responsabilidad penal del tercero interesado, lo que resulta comprensible debido a que la sentencia contra el servidor público por delito de

¹¹ El considerando Decimo de la citada sentencia de revisión señala: "ahora bien el delito de colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y iii) realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concierne con el particular interesado defraudando al Estado, que al respecto debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes -el Estado y los particulares. Este referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado".

Luego el considerando decimo primero grafica de mejor manera el caso y dice: "que en el presente caso, la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determino la absolución del particular supuestamente interesado en la celebración de un contrato con la Municipalidad Provincial de Huamanga, por tanto no se configuró el ilícito penal materia de acusación, es decir, se desvirtúa la mencionada colusión o encubrimiento clandestino entre los funcionarios o servidores públicos con el particular para defraudar al estado, esto es, no se demostró la existencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal que describe el artículo 384 del Código Penal, que, en tal virtud, la nueva prueba aportada por los recurrentes -no conocidos al momento de la condena- (el subrayado es nuestro), que se traduce en la sentencia absolutoria del particular interesado, incide en esencia en el juicio de responsabilidad penal, por ende, resulta evidente la absolución de los sentenciados recurrentes".

PODER JUDICIAL

colusión, es viable en la medida que se mencione o identifique al particular interesado, aun cuando este no haya sido procesado, sin embargo dicha condena estará condicionado a que el citado tercero sea ubicado procesado y encontrado responsable, lo que no sería posible si el citado tercero es absuelto o no está identificado, casos en los que evidentemente no hay responsabilidad penal del servidor público.

9.23.- Igualmente es menester señalar que el tipo penal requiere, esencialmente que la conducta del servidor público, tenga las condiciones que describe el tipo penal, voluntad y conciencia de defraudar al Estado para beneficiar a un tercero, utilizando el cargo o comisión pública especial, para lo cual entra en concierto, acuerdo o pacto con un tercero particular, el que por diversas razones puede no haber sido comprendido en el proceso o no ser procesado o habiéndolo sido, no se concluyó el proceso contra él, por diversas razones. Queda claro que la absolución del tercero particular interesado, determina la absolución del servidor público, así como queda claro que el servidor público puede ser condenado por colusión, aun sin que sea condenado el tercero particular interesado con la única condición que este identificado debidamente.

9.24.- En el presente caso se ha establecido de manera probada y razonable que hubo favorecimiento reiterado, evidente y recurrente al Consorcio CCCSA por parte del ex Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, sin embargo la determinación del operador particular del concierto ilegal, inicialmente fue errada, pues los intervinientes en la acción no fueron los representantes legales del Consorcio en mención, como se señaló en la denuncia y la acusación antes del juicio oral, sino serían los accionistas de dicho Consorcio, personas que deben ser investigadas y procesadas como corresponde, debiendo expedirse copias de las piezas pertinentes a fin de que el Ministerio Público actúe según sus atribuciones.

10.- CALIFICACION JURIDICA DE LA PARTICIPACION DEL ACUSADO.

10.1.- Inicialmente se afirma por la Fiscalía que Kouri Bumachar habría inducido y también sería autor de colusión dolosa, inducido a los funcionarios municipales, cuya situación jurídica ya ha sido resuelta y también personalmente se habría coludido con los representantes del consorcio, posteriormente esta situación jurídica varía, debido a que los inducidos han sido declarados no responsables penalmente, lo que deriva en que no existió tal inducción, sino que los servidores de la Municipalidad del Callao actuaron en el cumplimiento de sus funciones.

10.2.- Se menciona que es autor del delito de colusión, el servidor público que actúa directamente en el ejercicio de su función, en cualquier forma contractual, defraudando al Estado y beneficiando a tercero previo acto de concertación, lo que deriva en la necesidad de determinar que el servidor público imputado tenga vínculo con el hecho formal de contratación, directa vinculación, en este caso quienes directamente reciben los documentos de las propuestas y admiten a los postores, son los miembros de la comisión de recepción de propuestas y quienes otorgan la buena pro son los miembros del comité de concesión, por tanto serían ellos los servidores directamente vinculados con la contratación y por tanto autores del delito de colusión.

10.3.- Ya se ha establecido que esas personas miembros de dichos Comités, no tienen responsabilidad penal, sin embargo queda el principal servidor de la Municipalidad, el Alcalde Provincial del Callao, quien no formó parte de ninguno de los Comités, sin embargo fue quien designó a los miembros de los comités, fue quien declaró en emergencia la red vial del Callao, fue quien convocó al concurso de concesión y es quien firma el contrato preparatorio, como resultado de los actos de concertación ilegal que desarrolló directamente con representantes del consorcio favorecido, además de ser directo responsable del favorecimiento ilegal con el que se benefició el consorcio en las negociaciones (adendas) que se

PODER JUDICIAL

celebraron con posterioridad al otorgamiento de la buena pro y la suscripción de los contratos, por tanto está directamente vinculado, como funcionario público, con todo el proceso realizado para otorgar la concesión y las condiciones de ilegalidad en que se otorgó la buena pro así como el proceso de ejecución, lo que determina que su participación en estos hechos tenga la condición de autor.

10.4.- Es en esa condición que ha sido considerado desde la denuncia fiscal, condición en la que se ha sometido al proceso penal y ha concurrido al debate penal, debiendo excluirse esa inicial condición que también se le atribuyo, la de inductor, por ausencia de inducidos a quienes se les ha sobreseído la causa.

10.5.- De todas estas consideraciones llegamos a una conclusión, ineludible, convincente y sin lugar a ninguna duda, que Alexander Kouri Bumachar es responsable del delito de colusión desleal en agravio del Estado, en calidad de autor, por tanto debe ser sancionado penalmente.

11.- DETERMINACION DE LA PENA:

11.1.- Habiendo llegado al convencimiento final sobre la responsabilidad penal del acusado, corresponde determinar la pena concreta, teniendo en cuenta lo que informan los artículos 45 y 46 del Código Penal, sin perder de vista las modificaciones y añadidos que han ocurrido respecto de estas normas penales.

11.2.- En este caso se trata de un acusado, profesional funcionario publico reiteradas veces, que según su referencia personal, ha sido reiteradas veces Alcalde Municipal del Callao y ha tenido otros cargos por elección popular condición que lo ubica en situación de ventaja en la sociedad, por su preparación y las actividades que realiza. En esa condición, se le exige a estos lideres sociales, que no solo ejerzan funciones de poder, sino que además deben servir de ejemplo a la sociedad y contribuir en el desarrollo estatal, empezando por un comportamiento moral intachable, que garantice y acredite la institucionalidad

del Estado, caso contrario, deben ser sancionados severamente, porque de la misma forma que gozan de prestigio popular positivo, que les otorga acceso a cuotas de poder público, sus malas acciones deben ser igualmente reprochadas y sancionadas.

11.3.- Por sus antecedentes, se trata de un abogado, que no necesita incurrir en hechos delictivos para conducirse dignamente en la sociedad, no tiene necesidades de tal apremio que lo induzcan a cometer actos ilícitos, por el contrario era su obligación legal, evitar que se cometan delitos en agravio de su representada, la Municipalidad del Callao, por tanto cometer delitos teniendo todas esas ventajas, incrementa el reproche social y legal por la conducta ilícita desarrollada, por tanto no existe ninguna justificación ni atenuante personal de su accionar que determine disminución de pena.

11.4.- Por otro lado, es verdad que no tiene antecedentes penales ni judiciales, lo que deriva a favor del acusado, quien habría sido encontrado responsable de un delito por vez primera, condición que constituye atenuante legal genérica y determina que la sanción a imponerse, de acuerdo a las modificaciones legales introducidas para la determinación de la pena, se fije dentro del primer tercio de la pena conminada. El delito en que ha incurrido esta premunido dentro de su diseño típico de la agravante de ser servidor público, por tanto no es del caso considerar como una agravante adicional esa condición.

11.5.- En su comportamiento personal, fue adecuado durante todo el juicio oral tanto así que inclusive solicitó permiso para ausentarse fuera del país durante algunos días, habiendo retornado para continuar con su juzgamiento, lo que indica adecuado comportamiento procesal que es que la norma penal requiere y exige que se califique al momento de imponer la pena, pues no ha puesto obstáculos para el normal procesamiento.

11.6.- Por lo demás el artículo 45 A del Código Penal, añadido al Artículo 45, establece una formula matemática para el calculo de la pena, criterios con los que no necesariamente coincidimos, todos los jueces, por cuanto coacta la discrecionalidad del Juez y atenta inclusive de manera indirecta contra la independencia del juez, quien no puede valorar de manera idónea la determinación de pena concreta para el caso específico, basado en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, tanto así que ha originado, esta formula de calculo de pena, excesos en la aplicación de penas, tanto hacia arriba como abajo, por las limitaciones que establecen estas formulas.

11.7.- En el presente caso, según el artículo 384 del Código Penal, aplicable al caso, el tipo penal vigente al momento de la comisión del delito, que resulta favorable, en su extremo mínimo, es preciso anotar que se conmina como pena entre 3 y 15 años, habiendo requerido el Ministerio Publico la pena de 5 años de privación de la libertad. Sobre la pena también debe precisarse que en la fecha de los hechos la sanción en la ley no incluía la pena de multa, de otro lado de conformidad con el artículo 426 del Código Penal, en su tenor original, el delito incoado estaba sancionado además con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36 del mismo Código, incisos 1 y 2.

11.8.- Circunscribiendo a los tercios que establece el artículo 45 A del Código Penal, concluimos que la media referencia para el calculo de los tercios se ubica en 4 años en razón de los 12 años que media entre los 3 y 15 años. Sobre este calculo inicial el primer tercio de pena esta entre los 3 y 7 años, el segundo tercio entre los 7 y 11 años y el ultimo tercio entre los 11 y 15 años y atendiendo a las razones expuestas en la parte primera de la determinación de pena corresponde ubicar a este acusado para la aplicación de la pena en el primer tercio, esto es entre 3 y 7 años de prisión.

11.9.- Estando a la gravedad del delito, al comportamiento reiterado del acusado en su afán de favorecer al concesionario, el daño que se ocasiona a la sociedad y la ausencia de antecedentes y el comportamiento procesal, debemos ubicar la pena en un termino medio, del primer tercio, lo que determina que resulte equilibrado imponer la pena solicitada por el Ministerio Publico, esto es cinco años de pena privativa de libertad.

12.- REPARACION CIVIL.

12.1.- La reparación civil, debe fijarse juntamente que la pena, así establece el artículo 92 del Código Penal y comprende, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, según requerimiento del artículo 93 del mismo texto legal. Igualmente se determina normativamente que la restitución del bien se debe hacer con el mismo bien, aun cuando se halle en posesión de terceros, pero cuando esto no es posible o no existen bienes determinados en atención al delito, como en este caso, se debe determinar el pago del valor, para lo que se requiere establecer con fundamentos a cuanto ascendería el valor del daño ocasionado al Estado producto del delito de colusión desleal.

12.2.- En ese entendido, tenemos que señalar en este caso, que si bien es verdad que la Municipalidad no utilizo ni un sol de su presupuesto para la construcción de la vía expresa callao, no es menos cierto que el daño que se ha ocasionado, como consecuencia de la no conclusión de la obra, de las modificaciones que se produjeron respecto del proyecto y diseño inicial, del incumplimiento de los tiempos en los que debía ser avanzada y entregada la obra, así como el hallazgo de menores calidades a las que estaban propuestos, origina un desmedro para el estado que por cierto en este caso ha sido cuantificado. Se debe agregar que hubo modificaciones en la obra, también hubo suspensión de determinados trabajos, condiciones que se deben únicamente a las deficiencias del Consorcio

que no cumplió con lo que se comprometió en el contrato, lo que también ha sido cuantificado según cálculos estimados, que evidentemente deben ser resarcidos al Estado perjudicado.

12.3.- Por último, el cobro adelantado del peaje, así como los perjuicios que actualmente ocasiona la deficiente obra que en vez de poner al servicio de la ciudadanía una vía que facilite el acceso desde el aeropuerto internacional a la ciudad del Callao y luego a Lima, sigue siendo una vía congestionada y contrario al proyecto no es una vía expresa, situación que también perjudica económicamente al Estado, condiciones que deben ser tomados en cuenta al momento de establecer los montos tanto resarcitorio como indemnizatorio.

12.4.- En este caso, en primer término se tiene un peligro potencial de carácter patrimonial en agravio del Estado, debido a que la Municipalidad en la adenda de fecha 21 de Mayo del 2004, ante el incumplimiento del contrato de concesión por determinados supuestos se establece pagos adicionales como el pago de una garantía complementaria y ante una eventual resolución del contrato, establecía procedimientos de liquidación y pagos a CCCSA, lo que deriva en un cálculo estimado por la Procuraduría Pública en la suma de dieciocho millones trescientos treinta y un mil quinientos noventa dólares USA con veintitrés céntimos de dólar USA, ante una posibilidad de caducidad de la concesión lo que compromete recursos de la Municipalidad Del Callao, perjuicio económico que finalmente no llegó a concretarse.

12.5.- Por otro lado se estima que por el incumplimiento en la ejecución de las obras, la Municipalidad del Callao debió aplicar una penalidad ascendente a la suma de un millón quinientos mil dólares USA, dicha penalidad y su aplicación fueron justificadas por la adenda del 21 de Mayo del 2004, ante los evidentes atrasos en la ejecución.

12.6.- Igualmente la parte civil estima que la misma adenda al contrato, permitió que CCCSA realice menor inversión que la estimada, diferencia que asciende a la suma de dos millones veinte mil doscientos veintiocho dólares USA. Se afirma también que la suspensión y postergación en la construcción de la vía, comprendidas en el tramo A trajo como consecuencia la concesionaria no gasto una suma estimada en dos millones doscientos noventa mil seis dólares USA. Sin embargo se debe tener en cuenta que esta reducción en la inversión, tiene su contrapartida en la anulación de la concesión otorgada por la Municipalidad del Callao, lo que significó para el Consorcio, un recorte importante del monto de dinero que se había proyectado recuperar con el cobro del peaje durante el tiempo pactado en el contrato.

12.7.- Con la suscripción de las adendas y aclaraciones que desnaturalizan el contrato de concesión, se estima que se afectó el equilibrio económico financiero, proyectado por todo el tiempo que debió durar la concesión, ya que las obras que se eliminan mediante dichas adendas y las que se suspenden ascienden a un monto estimado en nueve millones de dólares USA.

12.8.- También se ha establecido en el informe de contraloría que da origen a este caso, que la inversión que debía hacer el concesionario en la construcción total de la vía estaba estimado en más de 45 millones de dólares USA sin embargo solo habría invertido la suma de ocho millones de dólares USA, no obstante el cálculo estimado por la concesionaria, por las construcciones realizadas, fue estimado en 16 millones de dólares USA lo que constituye una sobrevaloración de más de ocho millones de dólares USA, conceptos que no fueron analizados por la pericia judicial practicada en el proceso, no obstante su evidente pertinencia, pero ciertamente sus conclusiones no son vinculantes para los juzgadores.

PODER JUDICIAL
CIVIL
129

12.9.- Por otro lado se estima que en el tiempo que estuvo vigente el peaje y se autorizo a la empresa el cobro, habría percibido una suma estimada de doce millones y medio de dólares USA, condiciones que ciertamente desequilibran esa ecuación económica financiera que debe existir en toda transacción o contratación estatal, habiéndose perjudicado además a la ciudadanía con la entrega inconclusa de un tramo de la vía que no satisface plenamente los planes iniciales que determinaban una vía moderna que facilite el tránsito y agilice el transporte de las personas por tan importante vía de tránsito del primer puerto del Perú que da acceso a Lima desde el aeropuerto internacional, habiéndose convertido en la actualidad en un tramo vial bastante congestionado y complicado, por tanto no se ha cumplido con los propósitos de beneficio social y se ha defraudado al estado, condición que debe ser indemnizado por parte de los responsables de este delito de colusión.

12.10.- El estimado final que reclama la Procuraduría del Estado, asciende a la suma de 106, millones, ochocientos setenta y seis mil soles, como monto resarcitorio, que al sumarse los cinco millones de soles en los que estima el monto indemnizatorio, hacen un total de ciento once millones de soles que según la pretensión de la parte civil deben pagar los responsables del delito.

12.11.- Es preciso ponderar dichas sumas y estimados considerando que la nulidad de la concesión, determino la interrupción del plazo pactado (treinta años) y con ello el recorte significativo del peaje que debía cobrar el concesionario, asimismo, que hubo un conjunto de mas personas involucradas en el hecho y si bien es verdad la participación del Alcalde Municipal de la Provincia Constitucional es principal y decisiva, también es verdad que los daños ocasionados por las condiciones en que se construyo esta vía, corresponden ser atendidos por los terceros involucrados y las cantidades que menciona la parte

civil son estimados, que no han sido plenamente acreditados, por tanto sirven de referencia, pero no están debidamente establecidos.

12.12.- Respecto del monto indemnizatorio, igualmente, es preciso ser ponderados y razonables, pues imponer una suma ascendente a cinco millones de soles, esta fuera de una debida estimación indemnizatoria, por tanto la suma que debe considerarse tiene que estar acorde con el daño ocasionado y nuestra realidad socio económica.

12.13.- Por estas razones estimamos que la Reparación Civil que debe asumir el sentenciado solidariamente con los particulares interesados, debe ascender a la suma de 25 millones de soles por concepto de resarcimiento y un millón de soles por concepto de indemnización, lo que hace un total de 26 millones de soles por todo concepto de reparación civil.

13.- RESOLUCION:

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo que informan los artículos 384° y 426° del Código Penal y los artículos 283° y 285°, del Código de Procedimientos Penales, impartiendo justicia en nombre de la Nación, la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima:

RESUELVE:

- 1.- **DECLARANDO: INFUNDADA** la excepción de prescripción de la acción penal deducida por la defensa del acusado Alexander Kouri Bumachar
- 2.- **CONDENAR:** a Alexander Martin Kouri Bumachar, como autor del delito de colusión desleal en agravio del Estado - Municipalidad Provincial del Callao a la pena de **CINCO AÑOS** de pena privativa de la libertad efectiva, la que inicia su cumplimiento en la fecha, 30 de junio del 2016; y, vencerá el 29 de junio del año 2021.

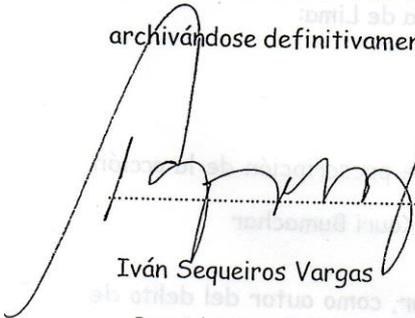
3.- IMPUSIERON, la pena de INHABILITACION; prevista en los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal, por el término de tres años, de conformidad con el artículo 426 del Código Penal.

4.- FIJARON LA REPARACION CIVIL en la suma de VEINTISEIS MILLONES DE SOLES, por concepto resarcitorio e indemnizatorio, suma que deberá ser abonada de forma solidaria con los terceros interesados, en beneficio del Estado - Municipalidad Provincial del Callao.

5.- DISPUSIERON Remitir copias certificadas al Ministerio Publico a fin de que la Fiscalía respectiva inicie las acciones correspondientes, según sus atribuciones, respecto de las personas señaladas por la Fiscalía Superior como terceros interesados.

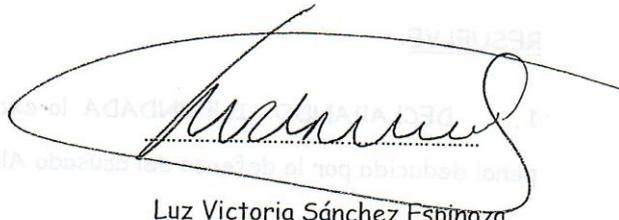
6.- DISPUSIERON, el internamiento del sentenciado en cárcel pública, oficiándose, notificándose, debiendo hacerse las notaciones correspondientes, y disponer su archivamiento cuando corresponda.-

7.- DISPUSIERON: que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia se remitan los boletines de condena y se oficie donde corresponde, archivándose definitivamente la causa.



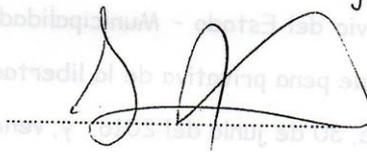
Iván Sequeiros Vargas

Presidente y D.D



Luz Victoria Sánchez Espinoza

Juez Superior



Marco Antonio Lizarrága Rebaza

Juez Superior

PODER JUDICIAL



CATYA FUENTE ALVARADO