

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

RECURSO DE NULIDAD N.º 59-2018/LIMA NORTE
PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

Colusión desleal

Sumilla. Si bien el fiscal superior recurrió la presente sentencia absolutoria, debe advertirse que no existe pretensión penal por parte del órgano encargado de ejercitarla, dado que el fiscal supremo en lo penal, máxima instancia de la Fiscalía, opinó porque se declare no haber nulidad en la sentencia impugnada; por lo que el órgano jurisdiccional no puede proseguir un proceso en el que no existe carga en contra del procesado.

Lima, veinticuatro de octubre de dos mil dieciocho

VISTO: el Recurso de Nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete que absolvió a los acusados Guillermo Amado Chacaltana Yerén, Miguel Vicente Agurto Rondoy, Sandro Iván Rodríguez Romero, Abel Wilson García Cadillo, Martha Elizabeth Lozada Touzett como autores y a Ricardo Paredes Ayala como cómplice de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor LECAROS CORNEJO.

CONSIDERANDO

Primero. El representante del Ministerio Público, en la formalización de su recurso (foja dos mil doscientos sesenta), sostiene:

1.1. Los funcionarios públicos deben actuar a nombre y representación del Estado para proteger y promover sus intereses, con la finalidad de lograr resultados favorables y beneficios en los convenios o contratos suscritos con la otra parte contractual que se encuentra representada por particulares; en ese entendido, la Sala ha hecho mal en argumentar que para absolver a los acusados no se cuenta con prueba directa suficiente que permita establecer la responsabilidad, pues lo que debió hacer es que, a partir de los hechos probados, inferir si hubo o no concertación entre los procesados para afectar los intereses de la Municipalidad de Independencia.

1.2. Igualmente cuestionó el informe técnico elaborado por el testigo Jorge Luis Fernández Dávila ratificado en el juicio oral en el que se concluyó que el sistema de *software* adquirido a la empresa Magic Perú S. A. C. por parte de la Municipalidad de Independencia no funcionó de manera integral ni se cumplió con la capacitación para su manejo, además no se contaba con la documentación que sustente la adquisición de las licencias de uso por parte de la Municipalidad, alegando que tales conclusiones se sustentaron en versiones otorgadas por algunos miembros que laboran en la comuna; sin embargo, ello no implica que esté probado que el bien adquirido del *software* en gestión integral sea defectuoso pues no ha sido analizado de manera profesional en cada uno de los módulos donde se instaló.

1.3. No se ha cumplido con los plazos de ejecución, es decir, la implementación era de cinco meses, y eso era de pleno y absoluto conocimiento de las partes contratantes el mismo día de la suscripción del contrato; lo cual implica que está totalmente probado que se aceptó una garantía con un plazo de validez de un mes, a sabiendas de que debería ser de cinco meses, en ese contrato no se estipulaba que las

garantías deben ser renovadas mes a mes sino que la garantía debía servir para cubrir las penalidades contempladas en el artículo 82 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N.º 26850 y su Reglamento D. S. N.º 039-98-PCM; por consiguiente, en el presente caso no se valoraron adecuadamente los hechos que han quedado probados en este proceso ni tampoco las pruebas incorporadas fueron meritadas en forma coherente e integral a fin de adoptar una decisión adecuada, puesto que la absolución decretada no se encuentra arreglada a ley, impidiéndose así que los acusados fueran sancionados penalmente, conforme corresponde.

Segundo. En los hechos materia de acusación, se imputa a los procesados Guillermo Amado Chacaltana Yerén, Miguel Vicente Agurto Rondoy, Sandro Iván Rodríguez Romero, Abel Wilson García Cadillo, Martha Elizabeth Lozada Touzett, que en su calidad de funcionarios de la Municipalidad de Independencia, se habrían concertado ilegalmente con el denunciado Ricardo Paredes Ayala, gerente general de la Empresa Magic Perú S. A. C. en la ejecución del contrato de compraventa del Sistema Integrado de Gestión Municipal, con la finalidad de defraudar a la Municipalidad de Independencia, puesto que suscribieron el contrato, aceptando una garantía con un plazo de validez de un mes, cuando el plazo de ejecución era mayor, así como haber realizado pagos en la forma oportuna o adelantada a la entrega de los sistemas instalados; asimismo, el hecho de suscribirse una adenda del contrato prorrogando el mismo, evitando así que la empresa cumpla con el pago de la penalidad por el incumplimiento del contrato.

Tercero. El recurso impugnatorio se rige por el principio dispositivo y, por tanto, la revisión de la sentencia se ejerce de acuerdo con la voluntad de las partes impugnantes que delimitan el marco de la competencia del Tribunal.

Cuarto. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que: “[...] en el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados: a) la actuación

conforme con el deber que importe el cargo, y **b)** asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos". En consecuencia, el delito de colusión supone una vulneración por parte de los funcionarios o servidores públicos que intervienen en el negocio estatal.

Quinto. El delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384, del Código Penal, presenta -entre otras- las siguientes características:

- 5.1.** El injusto consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público (que intervenga por razón de su cargo o comisión especial) orientado a la producción de un menoscabo de la gestión pública (en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante), mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos. En ese sentido, se trata de un delito de encuentro.
- 5.2.** Los interesados son personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, que contratan con el Estado. El profesor FIDEL ROJAS VARGAS señala que: "El interesado constituye el elemento fundamental de la redacción típica. El tipo penal está redactado de modo que requiere de estos concurrentes necesarios para perfeccionar la conducta típica. Esta contraparte es la que hace posible el delito mediante sus aportes confabulatorios". En ese sentido, los particulares intervinientes son partícipes necesarios.
- 5.3.** No es autor de este delito cualquier funcionario, sino solo aquellos que participen en procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal.
- 5.4.** Es un delito de infracción de deber, pues la conducta es atribuida solo a los funcionarios y servidores públicos, que de acuerdo con el cargo que ocupan dentro de la institución tienen asignado un deber específico (posición de garante).

5.5. Esos deberes se originan generalmente en otras ramas jurídicas, como los deberes extrapenales previos a la norma penal.

Sexto. La imputación concreta sobre la conducta de los acusados, se sustenta en que en su calidad de funcionarios de la Municipalidad de Independencia, se habrían concertado ilegalmente con el Gerente General de la Empresa Magic Perú S.A.C., con la finalidad de defraudar a la Municipalidad de Independencia.

Sétimo. Cabe precisar que en el Informe técnico sobre el Sistema Integrado de Gestión Municipal (SIGM), obrante a foja noventa y ocho, se concluyó:

7.1. No se encuentran evidencias de que el Sistema Integrado de Gestión Municipal comprado a la Empresa Magic del Perú, haya funcionado de manera integrada en algún momento, desde que se adquirió en el año dos mil.

7.2. Solo se encuentran operativos, a la fecha, los módulos de rentas, caja en línea y trámite documentario, el resto de módulos están aislados, grabados localmente en las PC de los usuarios sin ser usados, por falta de funcionalidad y problemas en el acceso al servidor de datos, según se pudo constatar.

7.3. No se llevó a cabo la migración de los datos del año dos mil y la información histórica que estaba contenida en los anteriores sistemas de la Municipalidad hacia el Sistema Integrado de Gestión Municipal, conforme con el inciso c del contrato, cláusula quinta (condiciones generales de contratación).

7.4. No se cuenta con reportes consolidados de los módulos de contabilidad, presupuesto, logística, tesorería, personal, catastro, registro civil, vaso de leche, almacén y control patrimonial, lo cual confirma que estos componentes del SIGM, nunca llegaron a estar conectados ni funcionaron de manera integrada.

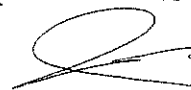
- 7.5. No se ha cumplido con migrar del BTRIEVE al motor de base de datos DB/2, conforme con lo estipulado en el contrato que se firmó con Magic del Perú, en donde la empresa se compromete a realizar este procedimiento para asegurar las características de velocidad, seguridad y desempeño que posee el manejador de base de datos relacional D/B2, conforme con el compromiso estipulado en el contrato indicado en el punto e de la cláusula quinta.
- 7.6. Como consecuencia de esto, los módulos del SIGM que quedaron operativos: rentas, caja en línea y trámite documentario, presentan problemas de inconsistencia, lentitud y desincronización de datos, ya que el BTRIEVE tiene limitaciones en cuanto al número de registros, cantidad de tablas y niveles de desempeño.
- 7.7. No se ha encontrado documentación que sustente la adquisición de las licencias de uso de los módulos del SIGM; asimismo, se observó que para dar mantenimiento a los módulos del SIGM que están operativos se utiliza el lenguaje de programación Magic v.7.1, del cual tampoco se cuenta con licencia. Por último, en cada PC, donde se instaló un módulo del SIGM se hizo necesaria la instalación de un "conector" o "software cliente" que permite que el módulo se ejecute y se conecte al servidor de datos, tampoco se cuenta con licencia de este "software cliente". Es decir, hablamos de tres cosas distintas y separadas: el SIGM, el lenguaje de programación Magic v.7.1 y el software cliente. En ninguno de estos casos se encuentra la documentación que sustente la adquisición de las licencias de uso por parte de la Municipalidad.
- 7.8. La puesta en marcha del sistema integrado de Gestión Municipal (SIGM) a la fecha acarrearía un costo adicional a la Municipalidad, ya que se tendría que contratar personal capacitado en el lenguaje Magic; el cual es un lenguaje de programación que no es muy conocido en el mercado local; por consiguiente, existen pocos programadores en este lenguaje y el costo por hora de programación resultaría muy oneroso,

esto por el lado del aplicativo. Por parte de la base de datos, se tendría que migrar la base de BTRIEVE a DB/2, con el consiguiente costo de migración asociado, es asimismo complicado conseguir a gente especializada en ambas herramientas por ser poco estándares en el mercado local. A esto hay que asociar el tiempo que tomaría (aproximadamente unos 6 a 8 meses) poner a funcionar el sistema de forma integrada, así como completar los módulos y las interfaces que están faltando.

Octavo. Sin embargo, respecto a ello cabe precisar que, dicho relato no se homologó judicialmente, ni se ratificaron respecto a ello, por lo que no se permite establecer fehacientemente como probado que el sistema integrado de gestión municipal fuese defectuoso.

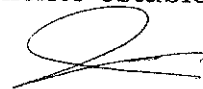
Noveno. Asimismo, no se logró recaudar documentación relevante que pudiera acreditar la veracidad y solidez del citado informe, tanto más si en las áreas de registro y orientación al contribuyente, de recaudación y fiscalización tributaria, funcionaba de manera correcta al dos mi seis; así se tiene a foja ciento veintitrés, en la hoja de trabajo N.º 004, dependencia de registro de diecinueve de mayo de dos mil seis, donde el señor Wilfredo Modesto da cuenta que conoce la funcionalidad del sistema en lo que concierne al desempeño de su labor en el área de registro. Sabe que Magic tiene más módulos que abarcan el resto de las áreas de la institución, pero no se explica por qué no han sido implementadas. Afirma que en el área de registro no se maneja otro *software* aparte de Magic. El sistema funciona correctamente. Coligiéndose así que en las áreas de registro civil, vaso de leche, trámite documentario, logística e informática también funcionaron debidamente.

Décimo. Si bien es cierto que en el informe pericial se refiere que se ha causado un perjuicio económico a la Municipalidad de Independencia de S/. 1 760 009,75, cabe precisar que dicho informe es contable y que el monto se fijó



sobre la base de la unidad impositiva que corresponde a la penalidad del incumplimiento del contrato sin tener en cuenta la Cláusula Decimotercera del contrato que se ciñe al numeral 1, del artículo 82, del Decreto Supremo N.º 039-98-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual establece que los límites de la penalidad por concepto de mora será de un máximo del 10 % del monto objeto del contrato; en este caso, alcanza S/ 17 318,40, resultando el informe ineficaz puesto que sus conclusiones se sustentan sobre la base de la documentación que obra en autos, y conforme se tiene en las declaraciones de los peritos en el interrogatorio del plenario (foja dos mil ochenta y ocho), donde sostuvieron que: "Solo consideraron la primera carta fianza, que ellos se basaron en lo que decía el contrato, precisando que quizás omitieron la verificación y al basarse solo en el contrato para el informe pericial cabe la posibilidad de error en la pericia de haberseles pasado algo en el expediente".

Decimoprimer. Cabe precisar que en la suscripción del contrato de compraventa del sistema integrado de gestión municipal (obstante a foja cuarenta y ocho), se aceptó la primera carta fianza emitida por el monto estipulado en la normatividad vigente, pero por un plazo menor a la vigencia del contrato; posteriormente, en la ejecución de la implementación de las etapas se emitieron dos cartas fianzas más con las que se subsanó ello; además no se ha probado que los pagos realizados a la empresa Magic del Perú S. A. C. hubieran sido en forma adelantada u oportuna a la entrega de los sistemas instalados, sino que los pagos fueron posteriores e, incluso, debiéndose un saldo de S/ 10 000 porque el primer pago fue parcial; luego del sistema integrado de gestión municipal, el segundo pago que estuvo integrado por pagos en el mes de mayo e incompleto en el porcentaje establecido fue con la implementación de los sistemas de catastro, registro civil y vaso de leche. En cuanto a los pagos de tercera y cuarta etapas de ejecución fueron mediante la adenda al contrato primigenio, donde no se alteró el monto del bien adquirido, verificándose que se cumplió con el procedimiento establecido



en la norma extrapenal para la adjudicación directa no publicada del bien *software* integral de gestión municipal y la suscripción de la adenda cumplió con los requisitos exigidos.

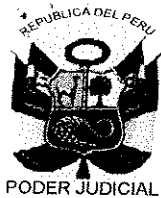
Decimosegundo. De los actuados, no se concluye fehacientemente la responsabilidad de los procesados, ya que no se cuenta con prueba directa suficiente que permita establecer que se coludieron con la finalidad de defraudar a la Municipalidad de Independencia.

Decimotercero. A lo expuesto, se agrega que si bien el fiscal superior recurrió la presente sentencia absolutoria, debe advertirse que no existe pretensión penal por parte del órgano encargado de ejercitarla, dado que el fiscal supremo en lo penal, máxima instancia de la Fiscalía, opinó porque se declare no haber nulidad en la sentencia impugnada; por lo que el órgano jurisdiccional no puede proseguir un proceso en el que no existe cargo en contra del procesado. Así, al no haberse afectado derechos esenciales con la opinión fiscal, deviene en pertinente atender la situación procesal creada con el pronunciamiento del Ministerio Público; teniendo en cuenta, además, lo establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 2029-2012-PHC/TC, del veintitrés de agosto de dos mil trece, que consolidó el principio de unidad y jerarquía del Ministerio Público.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con el fiscal supremo, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, que absolvió a los acusados Guillermo Amado Chacaltana Yerén, Miguel Vicente Agurto Rondoy, Sandro Iván Rodríguez Romero, Abel Wilson García Cadillo, Martha Elizabeth Lozada Touzett como autores, y a Ricardo Paredes Ayala como cómplice de la acusación fiscal formulada en su contra





RECURSO DE NULIDAD N.º 59-2018/LIMA NORTE

por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado. **MANDARON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de Ley. Hágase saber a las partes apersonadas en esta sede suprema. Interviene el juez supremo Bermejo Ríos, por impedimento de la jueza suprema Pacheco Huancas.

S. S.

LECAROS CORNEJO

FIGUEROA NAVARRO

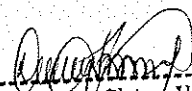
QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA ESPINOZA

BERMEJO RÍOS

JLLC/isa

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Diny Yuranieva Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

28 AGO. 2019